Gutgläubiger Eigentumserwerb und Zeitablauf in ihrer Bedeutung für das rechtliche Schicksal öffentlicher Sachen.

Eine Studie
im Grenzgebiete des Privat- und öffentlichen Rechtes.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der
rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

vorgelegt von

Max Merten
Gerichtsreferendar
aus Berlin-Friedenau

Tag der Promotion: 5. Juni 1935
Tag der mündlichen Prüfung: 29. Mai 1935

1935

Druck: Triltsch & Huther, Berlin

285

Referent: Professor Dr. Martin Wolff.

Korreferent: Professor Dr. Rudolf Smend.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in steter Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544314_0086

Inhaltsangabe.

Seite

I. Einleitung.

§ 1. Zum Begriffe der öffentlichen Sachen 7
§ 2. Die verschiedenen Arten der Entstehung der besonderen Rechtslage der öffentlichen Sachen 8
§ 3. Die res publicae in publico usu des römischen Rechtes . . 9
§ 4. Die Einordnung der öffentlichen Sachen in das deutsche Rechtssystem 10
§ 5. Die Bedeutung der sogenannten Fiskustheorie als der heute herrschenden Lehre 12
§ 6. Die abweichende Meinung Otto Mayers 14
§ 7. Die dem kirchlichen Dienste gewidmeten Sachen und ihre heutige Rechtsstellung 17
§ 8. Das Problem des Verhältnisses der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Beziehungen der öffentlichen Sache 19

II. Übertragung des Eigentums an einer öffentlichen Sache an einen hinsichtlich dieser besonderen Eigenschaft der Sache Gutgläubigen.

§ 1. Der Eigentumserwerb durch Übertragung an öffentlichen Sachen 22
§ 2. Das hier zu erörternde Problem 24
§ 3. Die Unanwendbarkeit des durch § 892 BGB. gebotenen Gutglaubensschutzes gegenüber der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen. Lösung aus dem Grundverhältnis von privatem und öffentlichem Rechte. Hinweis auf § 436 BGB. 25
§ 4. Die Unanwendbarkeit des § 936 BGB. im Gebiete des öffentlichen Rechtes 28
§ 5. Der Gemeingebrauch als Vorstufe des Individualeigentums 31
§ 6. Die systematische Stellung des § 936 BGB. 32
§ 7. Die von Judikatur und Literatur meist gegebene Lösung des Problems; die geringe Beweiskraft dieser Lösung . . . 33
§ 8. „publicum ius privatorum pactis mutari nequit" 37
§ 9. Die Parallelität der In- und Außerdienststellung der öffentlichen Sache 39
§ 10. Die Bedeutung des Hinweises auf die vorliegenden öffentlich-rechtlichen Beziehungen 40
§ 11. Die Unwiderruflichkeit der Widmung zum öffentlichen Wege und ihre Bedeutung für den gutgläubigen Erwerber 41
§ 12. „Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit" 46
§ 13. Die Pflicht jedes Erwerbers der Sache, sie in einem ihrer Zweckbestimmung gemäßen Zustande zu erhalten 49
§ 14. Das Übergewicht des öffentlichen Interesses über die Belange des Erwerbers 52

III. Der Einfluß des Zeitablaufes auf die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen.

§ 1. Die hier zu lösende Frage 53
§ 2. Die Möglichkeit der Ersitzung einer öffentlichen Sache . . 54
§ 3. Die Unzulässigkeit der Anwendung des § 945 BGB. im Gebiete des öffentlichen Rechtes 59
§ 4. Die Unzulänglichkeit der im allgemeinen vertretenen Lehre über die rechtliche Behandlung der öffentlichen Sache . . 60

Seite

§ 5. Die Eigenart der Ersitzung als Eigentumserwerbsart und das öffentliche Recht 61
§ 6. Die Notwendigkeit der (wenn auch nur stillschweigenden) Zustimmungserklärung der Verwaltungsbehörde zur Ersitzung 63
§ 7. Nichtinanspruchnahme durch die Verwaltungsbehörde während der Ersitzungszeit als Entwidmungsakt 68
§ 8. Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Rechte. Verschweigung der Verwaltungsbehörde hinsichtlich ihres Anspruches auf die öffentliche Sache? 72
§ 9. Die Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde auf die öffentliche Sache
a) im allgemeinen 83
§ 10. b) in besonderen Fällen 104

I. Einleitung.

§ 1.

Einen vollkommen einheitlichen Begriff der öffentlichen Sachen stellte die moderne verwaltungsrechtliche Wissenschaft bisher nicht auf. Manche Schriftsteller fassen den Begriff der öffentlichen Sachen enger, manche weiter[1]). Trotz dieser Verschiedenheiten ist man sich aber stets darüber einig, daß die öffentlichen Wege, Straßen und Plätze, die Brücken und Fähren[2]) sowie die öffentlichen Gewässer, dann auch bewegliche Sachen[3]) wie die Bücher einer öffentlichen Bibliothek[4]), die in einem Museum zusammengefaßten Anschauungsgegenstände oder etwa die Stücke einer staatlichen Gemälde- oder Kunstsammlung[5]) einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliegen und sich dadurch von den übrigen, den einzelnen Menschen zur Verfügung stehenden Sachen unterscheiden. Man rechnet die genannten Sachen stets *den öffentlichen Sachen (im engeren Sinne)* zu. Selbst wer aber den Begriff der öffentlichen Sachen möglichst eng zu umgrenzen geneigt ist, bestreitet niemals, daß diejenigen Sachen, die von der öffentlichen Verwaltung wie die eben erwähnten der Allgemeinheit — und zwar deren Sonderinteressen — zur Verfügung gestellt werden, also etwa Dienstgebäude (z. B. Rathäuser), Kriegsschiffe, Kasernen und Gefängnisse, eine ähnliche Stellung einnehmen und einnehmen müssen. Man erkennt damit an, daß neben den im Gemeingebrauch[6]) stehenden Sachen[7]) auch diejenigen Sachen, die man unter dem Begriff des *staatlichen Verwaltungsvermögens* zusammenfaßt[8]), zu den öffentlichen Sachen zu rechnen sind. Einhelligkeit besteht andererseits darüber, daß das privatwirtschaftlich genutzte *Finanzvermögen* des Staates[9]) wie Domänen und Forsten sowie schließlich das in seiner Ge-

---

[1]) Jellinek, VR., 506, aber auch 505; Almsick 2; Biermann, Öff. Sachen, 9/10; O. Mayer, ArchÖffR. 16, 40/41; Kempke 20 und katalogmäßig 22/23.

[2]) welche letztere beide als Teile eines Weges allgemeinem Wegerecht unterliegen: Friedrichs, GruchBeitr. 64, 680; s. dazu auch PrOVG. in JW. 1933, 3322, das dieser Ansicht für das Gebiet des ALR. — mit einer Ausnahme für die Brücken über öffentliche Ströme — grundsätzlich zustimmt.

[3]) Zustimmend Biermann, Öff. Sachen, 40; Wolff (Martin) bei Heinsheimer, Anm. zu Art. 537—541 code civil.

[4]) Zum folgenden mit Recht Kempke 29—32

[5]) Oßwald 36.

[6]) Über den Begriff vgl. Jellinek, VR., 510; Kempke 46 ff.; Gerber 47; Josef 154; RG. in JW. 1931, 2240.

[7]) die man natürlich *stets*, auch bei engster Begriffsfassung, unter die öffentlichen Sachen rechnet.

[8]) Jellinek, VR., 505; Riezler bei Staudinger, Vorbemerkung VII, 2, b vor § 90.

[9]) s. dazu Jellinek, VR., 505; auch Fleiner 353.

samtheit menschlicher Herrschaft Unerreichbare[10]) nicht den öffentlichen Sachen zuzurechnen ist.

§ 2.

In diesem von allen übrigen Sachen abgegrenzten Kreise der öffentlichen Sachen unterscheiden sich nun, abgesehen von der bereits besprochenen Trennung in Sachen des Gemeingebrauchs und solche des öffentlichen Dienstes, die einzelnen öffentlichen Sachen außerdem erheblich durch die Art der Entstehung ihrer Rechtslage[11]). Diese Unterscheidung ist bisher dem deutschen Verwaltungsrecht fast vollkommen fremd geblieben. Mit Recht ist sie bereits bisher im französischen Recht betont und gepflegt worden[12]). Denn während etwa ein Fluß allein wegen seines bloßen tatsächlichen „natürlichen" Vorhandenseins und wegen seiner Unfähigkeit, in seiner Gesamtheit jemandes Sonderrechten zu unterstehen[13]), als öffentliche Sache behandelt werden muß[14]), bedarf es bei anderen Sachen dieser Art besonderer obrigkeitlicher Handlungen, um sie zu öffentlichen zu machen. Dabei ist wiederum die Indienststellung einer Fähre oder eines Dienstgebäudes ein viel weniger einschneidender Akt[15]) als z. B. die Widmung eines Weges. Denn es dürfte kaum

[10]) Die freie Luft, das Meer; s. Planitz 40; Hübner 187, der auch das fließende Wasser des Flusses hierher rechnen will; anderer Ansicht insoweit Planitz 48, der darauf hinweist, daß das deutsche Recht von der Einheit von Flußbett und darüber fließendem Wasser ausgeht und die tatsächliche und wirtschaftliche Einheit des Flusses als solche auch einheitlichem Recht unterwirft; im übrigen sei auch bemerkt, daß selbstverständlich an eingefangenen Teilen, etwa geschöpftem Wasser, gehauenem Eise oder flüssiger Luft Sonderrechte sehr wohl denkbar sind; s. dazu Kipp 191, § 47, Nr. 1.

[11]) Vgl. hierzu Kempke 28/29 und speziell 32.

[12]) Vgl. Planiol, Bd. I, S. 970, Anm. 2: „Cette affectation peut être naturelle, comme pour les fleuves, ou voulue par les pouvoirs publics, comme pour les routes." Ebenso Rolland S. 287, der zwischen dépendances artificielles und dépendances naturelles du domaine public unterscheidet; ebenso Berthélemy S. 470/1.

[13]) An diesem Satz ist festzuhalten. Er behauptet nicht, daß an einem Flusse überhaupt keine Sonderrechte bestehen können, sondern will nur zeigen, daß bei den heutigen Eigentumsverhältnissen das Eigentum eines Einzelnen etwa an einem Strome eine Unmöglichkeit ist. Niemand besitzt heute noch — anders als in frühen Zeiten etwa der König eines Landes — ein derart ausgedehntes Eigentum, daß ein Strom in seiner gesamten Ausdehnung von der Quelle bis zur Mündung davon umschlossen würde. Hier ist wegen der natürlichen Ausdehnung der Sache nur Staatseigentum möglich und damit ist die Sache von Natur eine öffentliche; s. dazu Planiol Bd. I, S. 970, der — unklar — in einem Atemzuge das hier Gesagte bestätigt und ablehnt: „S'il est matériellement impossible qu'un particulier possède une route comme celle de Paris a Toulouse, c'est à cause de sa dimension, et non à cause de sa nature; personne non plus n'est propriétaire d'un champ grand comme la France, . . ."; s. auch Hübner 184 ff.

[14]) Schelcher, Öff. Weg, 4.

[15]) Darüber, daß die Widmung derartiger öffentlicher Sachen sogar stillschweigend erfolgen kann: Theobald 57; Schelcher, Öff. Weg, 4 dazu, daß die Öffentlichkeitsqualität öffentlicher Flüsse zunächst auch nur

vorkommen, daß jemand an einem neu errichteten Gefängnisse Privateigentum behauptet. Mithin braucht dessen Indienststellung auch nicht in besonders hervortretenden Formen zu geschehen. Es kann sich aber täglich ereignen, daß ein Stück eines (rechtlich, nicht nur tatsächlich[16])) öffentlichen Weges[17]) z. B. von einem Anlieger als sein privates, nicht mit den Sondereigenschaften einer öffentlichen Sache belastetes Eigentum in Anspruch genommen wird. Deshalb war es berechtigt, daß die Praxis der Verwaltungsgerichte auf einen die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten streng beachtenden Widmungsakt ganz besonderen Wert legte[18]). Dies hat dann für die betreffende öffentliche Sache die Rückwirkung, daß die unter Beachtung strenger Formvorschriften festgelegte öffentliche Eigenschaft auch nur unter ganz besonderen Umständen wird verlorengehen können[19]). Daß andererseits zum Beweise der Öffentlichkeit eines Weges gelegentlich die Unvordenklichkeit herangezogen werden mußte[20]), bedeutet keine Aufgabe dieser Gedanken der Erforderlichkeit einer besonderen Form für die Indienststellung eines Weges: Es besteht in einem solchen Falle nur die — wenngleich sehr unbestimmte und durch Tatsachen kaum stützbare — Vermutung, daß vor unvordenklicher Zeit ebenfalls eine Widmung stattgefunden hat.

§ 3.

Eine derart bestimmte Heraushebung der öffentlichen Sachen aus dem Kreise der anderen, den Sonderinteressen der einzelnen Menschen dienenden kannte bereits das römische Recht[21]). Während man Sachen, die dem rein fiskalischen, d. h. wirtschaftlichen Interesse des Staates oder der Gemeinden dienten, einen nur geringen rechtlichen Sonderschutz angedeihen ließ[22]), räumte man den res publicae in

---

eine tatsächliche war, die erst durch Herkommen und Gebrauch rechtliche Bedeutung erlangte; s. auch PrOVG. in JW. 1934, 3167.

[16]) Über den Unterschied s. Jellinek, VR., 509; KG. in JW. 1924, 65 mit Anmerkung von Lassar; BayrObLG. in JW. 1934, 1674; Jellinek aaO. nennt diese Wege „offene".

[17]) Treffende Definition des öffentlichen Weges bei Voß, RuPrVBl. 55, 751.

[18]) Vgl. die Würdigung von Friedrichs in RuPrVBl. 42, 3 ff.; Schultzenstein, VerwArch. 28, 169 ff.; Kempke 33.

[19]) Hier zeigt sich bereits die Bedeutung der oben betonten Unterscheidung der öffentlichen Sachen nach der Art der Entstehung ihrer Rechtslage. Es bedarf keines Beweises dafür, daß ein förmlicher Verwaltungsakt schwerer zu umgehen und zu beseitigen sein wird als die reine — rechtlich zunächst völlig indifferente — Tatsache des Vorhandenseins z. B. eines Flusses.

[20]) Über Unvordenklichkeit s. neben den in Anm. 18 Genannten auch Oßwald 21; Hübner 17; Planitz 17; Schwerin, Privatrecht, 86; Jellinek, VR., 223.

[21]) Zum folgenden s. auch die Darstellung von Hübner 184 ff., der deutsches und römisches Recht in seinen Unterscheidungen nebeneinanderstellt.

[22]) Bedeutsam ist nur, daß die Sachen des Fiskus unersitzbar waren; s. Dig. 41, 3, 18; s. Kipp § 47, 3, S. 191.

publico usu[23]) eine Stellung fast außerhalb des allgemeinen Rechtssystems ein. Verträge Privater, die sich auf derartige Sachen bezogen, erzeugten keine Verbindlichkeit, denn sie schienen auf etwas Unmögliches gerichtet[24]). Es galt hier vielmehr der (vielleicht klassische[25])) Satz: impossibilium nulla obligatio. Zweifellos waren ferner diese res publicae nicht ersitzbar[26]), da man sie zur größeren Gruppe der res extra commercium rechnete. Wie diese unterlagen sie daher nur in äußerst beschränktem Umfange dem Privatverkehr und dem Privateigentum. Nur erwähnt sei, daß man den res extra commercium neben den erwähnten res publicae in publico usu auch die res omnium communes[27]), die res divini iuris[28]) und die als Grundstücke in niemandes Eigentum stehenden flumina publica zurechnete[29]). Bei dieser Gestaltung des römischen Rechtes war es demnach unmöglich, auf irgendeine Weise lastenfreies Eigentum an einer öffentlichen Sache zu erlangen. Denn schon der Eigentumserwerb als solcher war ausgeschlossen. Die Problemstellung des römischen Rechtes beschränkte sich daher auch stets darauf, die Abgrenzung der genannten res extra commercium gegenüber den anderen beschränkungsfreien Sachen zu suchen.

§ 4.

In Deutschland unterstützten die ihre Macht nach und nach aufbauenden Territorialstaaten die Rezeption dieses römischen Rechtes der res extra commercium, da ihnen auch das Recht der öffentlichen Sachen — nicht mit Unrecht — eine erhebliche Machtstütze zu sein schien. Es gelang indessen nicht, die römischen Gedanken in ihrer klassischen Klarheit zu übernehmen, da auch das deutsche Recht nach Überwindung des Gedankens des Königseigentums am ganzen Lande die ersten Anfänge eines Rechtes der öffentlichen Sachen bereits ausgebildet hatte[30]). Man verschmolz daher in nicht immer geschickter Weise die Theorie des römischen Rechtes zu einem Teile

[23]) denen man nach Kipp § 47, 3, S. 191, neben den öffentlichen Sachen im engeren Sinne (Wege, Plätze, Stadien, Theater) auch das Verwaltungsvermögen des Staates (Exerzierplätze wie den Campus Martius, Rathäuser usw.) zurechnete; s. Dig. 18, 1, 6, pr.; Dig. 18, 1, 72, § 1.

[24]) S. Inst. 2, 1, pr.; Dig. 18, 1, 6, pr. und Kipp § 47, 3, S. 191. Vgl. auch die ähnlichen Gedanken in Entwurf eines EG. zum BGB. S. 197 (Motive zu Art. 72).

[25]) S. Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, 23 ff.

[26]) S. Dig. 41, 3, 9.

[27]) d. h. die Luft, die fließende Wasserwelle, das Meer und der Meeresstrand; Kipp § 47, 1, S. 191.

[28]) diese wieder als Zusammenfassung der res sacrae (dem Gottesdienst geweihter Sachen), der res religiosae (der den Manen geweihten Begräbnisstätten) und der res sanctae (insbesondere Mauern und Stadttore, die aber — abgesehen von dem ihnen verliehenen besonderen Strafschutz — praktisch nichts weiter als res publicae in publico usu sind); s. Kipp S. 192, § 47, 4 und 5 und 6.

[29]) S. Kipp S. 191, § 47, 1 ff.; Planiol Bd. I, S. 968/9; Theobald 1 und 9 ff.

[30]) S. hierzu Hübner 184 ff.

mit dem deutschrechtlichen Gedanken der Regalrechte, zum anderen Teile mit denjenigen germanischen Gedanken, die ebenfalls eine Gemeinnutzung z. B. an Grundstücken der Markgenossenschaft anerkannten und die sich bis in die neueste Zeit hinein in den Nutzungsrechten der Bauern an der Allmende eines Dorfes erhalten haben[31]). Die Folge dieses Zusammentreffens verschiedener Entwicklungslinien war eine große Unklarheit und Unsicherheit hinsichtlich der rechtlichen Behandlung der öffentlichen Sachen[32]). Hier sei nur an das Recht der öffentlichen Flüsse erinnert, in welchem allein die Umgrenzung dieses Begriffes bis in die jüngste Vergangenheit hinein stets auf Schwierigkeiten gestoßen ist[33]). Die Einordnung der öffentlichen Sachen in das Rechtssystem machten sich mehrere Theorien zur Aufgabe, von denen die sog. (jüngere) Fiskustheorie — auch „Lehre vom modifizierten Privateigentum" genannt — als die auch heute noch herrschende bezeichnet werden kann[34]). Dem Staate als solchem spricht diese Theorie an der öffentlichen Sache nur die öffentlich-rechtliche „Sphäre" eines „imperium" zu; in der privatrechtlichen „Sphäre", d. h. in Fragen des Eigentums, des „dominium", an der Sache handelt im Auftrage und unter Aufsicht des Staates an seiner Stelle der — von ihm nicht zu trennende — Fiskus[35]), oder aber eine Privatperson, der das rein privatrechtliche Eigentum an der öffentlichen Sache zusteht.

Die hierbei vertretene „Sphären"lehre entspricht dem deutschen Rechtsdenken nicht, während die Fiskustheorie andererseits auch wieder typisch deutschrechtliche Züge aufweist. So ist es für das deutsche Rechtsempfinden eine Selbstverständlichkeit, daß die öffentlichen Sachen nicht aus dem übrigen Rechtsverkehr herausgenommen sind, sondern daß das an ihnen bestehende Eigentum sich grundsätzlich durch nichts von dem an anderen Sachen unterscheidet[36]). Nur besteht bei den öffentlichen Sachen nicht — nach deutschem Rechtsempfinden — etwa eine besondere „öffentlich-rechtliche Sphäre", die vom Staate in Anspruch genommen wird. Vielmehr ist das privatrechtliche Eigentum an öffentlichen Sachen stets nur soweit entfaltungsfähig, wie das Recht der Gemeinschaft, insoweit das „öffentliche" Recht es zuläßt und zuzulassen imstande ist. Wie jedes andere Individualeigen hat auch das Eigentum an öffentlichen Sachen ihm von vornherein immanente Pflichten gegenüber der Gesamtheit, nur daß diese Pflichten bei einer öffentlichen Sache erheblich weiter-

---

[31]) S. hierzu Frhr. v. Schwerin, Rechtsgeschichte, 13; Ernst 56/7; Martin Wolff, SR., § 110, II und § 108, Anm. 23.

[32]) Hübner 184 ff.

[33]) S. Martin Wolff, SR., §§ 99 ff.

[34]) Fleiner, Umbildung zivilrechtlicher Institute, 6 ff., 10; Schelcher, Öff. Weg, 40; Lassar 37; Thoma 311/2.

[35]) als „Staat in Zivil"; s. die anschauliche Darstellung von Jellinek, VR., 25.

[36]) S. hierzu Planitz 43; Frhr. v. Schwerin, Privatrecht, 105; Rehme 418; Hübner 245, 453, 184 ff., insbesondere 186.

gehende als sonst sind[37]). Nur diese nicht von außen an das Eigentum herantretende, sondern in ihm notwendigerweise stets enthaltene Beschränkung kann demnach für das deutsche Recht als Betätigungsfeld des Staates, als sein öffentlich-rechtliches „imperium" an der öffentlichen Sache anerkannt werden. Eine besondere öffentlich-rechtliche „Sphäre" des Staates an der öffentlichen Sache, wie die Fiskustheorie sie behauptet, ist dagegen abzulehnen. Mit dieser Richtigstellung ist jedoch nach dem Obengesagten der Fiskustheorie darin zuzustimmen, daß es an der öffentlichen Sache ein vom sonstigen Eigentum durch nichts unterschiedenes privates Eigentum gibt.

§ 5.

Damit scheint die Einordnung der öffentlichen Sachen in das Rechtssystem endgültig vollzogen zu sein. Auch an öffentlichen Sachen besteht das private Eigentum wie an sonstigen Sachen, nur mehr als sonst beschränkt — besser: weniger entfaltungsfähig — wegen der Bestimmung der Sache für die Allgemeinheit. Im einzelnen Falle dagegen, wenn es gilt, das Wesen und die Bedeutung der Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache zu bestimmen, wird es häufig recht zweifelhaft sein, was dem öffentlichen Rechte als dem Rechte der Zweckbestimmung der Sache und was dem privaten — Eigentums- — Rechte zu unterstellen ist. Es ist dies eine Ungewißheit, die bereits bei dem Versuche einer grundsätzlichen Scheidung von privatem und öffentlichem Rechte immer offenbar wird[38]). Hiernach möchte es fast scheinen, als ob die deutschrechtliche Konstruktion, die ein privates Eigentum an der öffentlichen Sache anerkennt, weniger geeignet für die praktische Anwendung ist als die römischrechtliche, die die öffentlichen Sachen überhaupt außerhalb jedes Rechtsverkehrs stellte. Dennoch aber verfuhr man mit Recht so: Allein durch die Anerkennung einer solchen Zwiefältigkeit der Rechtsverhältnisse[39]) an der öffentlichen Sache[40]) bietet sich die Möglichkeit, die an ihr denkbaren Rechtsbeziehungen in vollem Umfange durch das geltende Recht zu erfassen, ohne daß man Hilfskonstruktionen wie etwa besondere Regalrechte[41]) heranzuziehen genötigt

[37]) Ernst 57, 117, 123; Graf-Dietherr 131 „Alle Dinge sind des Reiches" mit Anm.; Planitz 43; Frhr. v. Schwerin, Privatrecht, 105; Rehme 418; Hübner 453/4, 245, 184 ff.

[38]) Versuche einer Grenzziehung von Schelcher, Öff. Weg, 54 ff., insbesondere 67 und Schmidt-Grimma 48/9.

[39]) Man denke an die von Perthes begründete Theorie von den gemischten Rechtsverhältnissen; Fleiner, Umbildung zivilrechtlicher Institute, 10; das privatrechtliche Eigentum an der öffentlichen Sache wird begrenzt durch das die Interessen der Allgemeinheit wahrende öffentliche Recht.

[40]) Eine sehr gute Charakteristik hierzu von Schelcher, Öff. Weg, 5 und 35, der allerdings — insoweit unrichtig — noch von „Sphären" an der öffentlichen Sache spricht.

[41]) Darüber s. Wex 282 für das Gebiet des preußischen Allgemeinen Landrechtes; Bornhak, VR. in Preußen, 69; Kempke 21/2.

wäre. Wegen der hierdurch erzielten mühelosen Einordnung auch der öffentlichen Sachen in das vorhandene Rechtssystem setzte sich die sogenannte Fiskustheorie durch. Sie kann auch heute noch als die herrschende bezeichnet werden[42]), wobei allerdings nicht zu vergessen ist, daß sie hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Beziehungen der öffentlichen Sache der bereits oben genannten Richtigstellung[43]) bedarf. Hiernach sind also öffentliche Sachen vor allem privatrechts- und damit auch eigentumsfähig[44]). Nur haftet diesen privatrechtlichen Beziehungen der öffentlichen Sache[45]) eine Schwäche gegenüber der

---

[42]) Über den Baseler Festungsstreit der Jahre 1859 bis 1861, in dem diese Frage sehr lebhaft erörtert wurde, s. Almsick 3; Fleiner 356, Anm. 13.

[43]) daß nämlich nicht von einer öffentlich-rechtlichen Sphäre der öffentlichen Sache gesprochen werden kann, es sich vielmehr hierbei um eine dem Eigentum nach deutschrechtlicher Anschauung immanente Schranke handelt, die bei der öffentlichen Sache nur besonders stark ausgebildet ist.

[44]) Die gegnerischen Ansichten sind vereinzelt (neben O. Mayer): insbesondere Bühler 296/299; Ecker 434; Peters, besonders 170 ff., auch 182. Zustimmend: Literaturzusammenstellung bei Germershausen-Seydel 90, Anm. 1; ebenfalls bei Kempke 24, Anm. 64; neueste Übersicht bei RG. in JW. 1931, 2240; Friedrichs, ArchÖffR., 40, 317; Hatschek-Kurtzig, § 56, II; Gerber 40; Schulte 1164; Maunz 132; Theobald 25 und 34; Jellinek, VerwArch. 5, 311; Kaufmann 389; Hofacker 128/9 unter richtiger Kennzeichnung der Bedeutung dieser Art des privatrechtlichen Eigentums; Planitz 40; Hübner 186, der die Bindung durch die Zweckbestimmung betont; Kipp § 47, III, S. 191; Loomann 25 unter Hinweis auf § 90 GBO., der ein Privateigentum an den öffentlichen Sachen zwingend voraussetze; die diesbezügliche Judikatur s. auch bei RGZ. 125, 111; Rehbein-Reincke, Anm. 3 zu PrALR. § 3 I 8, bedeutsam, weil dieser lautet: „Sachen, von deren Benutzung ihrer Natur nach niemand ausgeschlossen werden kann, können kein Eigentum einzelner Personen werden"; ähnlich Anschütz, VerwArch. 5, 88 unter Hinweis auf § 25 II 14 PrALR. als Ergänzung zu § 21 II 14 PrALR.; s. dazu auch Kempke 22; für kirchliche Sachen Frank Anm. III, 2, c zu § 242 StGB.; RGZ. 107, 367; auch das katholische Kirchenrecht erkennt diese Eigentumsfähigkeit an in canon 1150 des codex iuris canonici: „Res consecratae . . . etiamsi in dominio privatorum sint" und in canon 1510: „Res sacrae, quae in dominio privatorum sunt . . ."; den Art. 89 und 97 RVerf., die von „Eigentum" des Reiches an öffentlichen Sachen sprechen, kann ihrer Allgemeinheit wegen ein allzugroßer Beweiswert nicht zugesprochen werden; dies gilt eher von § 1 des sog. Reichseigentumsgesetzes vom 25. Mai 1873 (RGBl. 113 ff.) und wohl auch von § 6 des Reichsbahngesetzes vom 13. 3. 1930 (RGBl. II, 369 ff.): „Reichseisenbahnvermögen"; s. hierzu auch § 3 des Gesetzes über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung vom 26. 3. 1934 (RGBl. I, 244); Ausnahmen auf vorbehaltenem Gebiete (Art. 65 EG. zum BGB.) sind natürlich zulässig: Das Württembergische Wassergesetz vom 1. 12. 1900 kennt nach Art. 1, Absatz I nur „öffentliche Gewässer".

[45]) eine Anschauung, die bei der heute durchaus anerkannten Lehre von der „Elastizität des Eigentums" keinerlei Schwierigkeiten bereitet; Oßwald 30; Kormann, Veräußerungsbeschr., 22 für die res sacrae; allerdings darf auch hier nicht übersehen werden, daß die Öffentlichkeitsqualität der Sache keine von außen an die Sache herantretende „Beschränkung" ist, sondern dem an ihr bestehenden Eigentum nach deutschrechtlicher Auffassung immanent ist; dennoch gibt die Lehre von der „Elastizität des Eigentums" die Erklärung dafür ab, daß überhaupt ein derartiges Zurückweichen des Eigentums denkbar ist.

öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung der Sache an, die größer ist als die sonst bei jedem Privateigentum kraft geschichtlicher Entwicklung und kraft Gesetzes auftretende[46]). Es dürfen sich die an der öffentlichen Sache bestehenden und neu entstehenden Privatrechte (juristischer oder physischer Personen) nur soweit erstrecken, daß aus ihnen der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen, ihrer „öffentlichen Sachstandschaft"[47]) keinerlei Schaden erwachsen kann. Durch das Bestehen und Entstehen derartiger Privatrechte dürfen die öffentlichen Sachen nicht dem Gemeingebrauch entzogen oder ihre Benutzung im öffentlichen Dienste vereitelt werden[48]). Unangreifbar steht jedoch fest, daß öffentliche Sachen im Eigentume einzelner Privatpersonen sich befinden können.

§ 6.

Diese letztgenannte These allerdings wird von Otto Mayer, dem schärfsten und geistreichsten Gegner[49]) der oben genannten Fiskustheorie[50]), nicht bestritten. Alltäglichkeiten z. B. des Wegerechtes beweisen ihre Richtigkeit[51]). Ist doch die Lehre von der Notwendigkeit der Widmung zur Entstehung eines öffentlichen Weges darauf aufgebaut, daß als wichtigster Bestandteil dieser Widmung die Zustimmung des Grundeigentümers vorliegen muß, wer es auch immer sein mag[52]). Daß aber öffentliche Wege auch über den Grund und Boden von Privatpersonen führen können, braucht nicht bewiesen zu werden. Abgesehen von dieser teilweisen — übrigens auch nur scheinbaren — Übereinstimmung verwirft Otto Mayer den Gedankengang der eben behandelten Theorie über die Eingliederung der öffentlichen Sachen in das allgemeine Rechtssystem vollkommen. Für den Fall nämlich, in dem diese Theorie privatrechtliches Eigentum an der öffentlichen Sache in der Hand des Staates behauptet, ist Otto Mayer der Ansicht, daß sich diese — im Sinne der herrschenden Lehre privatrechtliche — Sachherrschaft — „dominium" — mit der dem Staate auch von der angegriffenen Theorie zugesprochenen öffentlich-rechtlichen Verwaltungshoheit — „imperium" — über die Sache verbinde zu einem „ö f f e n t l i c h e n E i g e n t u m" des Staates oder einer bestimmten, ihn vertretenden Körperschaft des öffent-

[46]) Jellinek, VR., 507; Kormann, AnnDR. 1911, 911/2; Bornhak, DJZ. 1933, 338; Planitz 43; Rehme 418; Hübner 245, 453, 184 ff.

[47]) Gerber 41.

[48]) Fleiner, VR., 358 statt vieler.

[49]) von anderen abweichenden Ansichten kann hier abgesehen werden; vgl. Kempke 25/6 und 26 ff.

[50]) S. zum folgenden O. Mayer, VR., Band II, 39 ff.

[51]) Rolland no. 435 (S. 285) macht sich für das französische Recht selbst diesen Einwand: „N'y a-t-il pas des voies privées, des canaux de navigation propriété privée"?; ebenso Planiol Bd. I, S. 970; O. Mayer, VR., Bd. II, 48/9.

[52]) S. die kritische Betrachtung von Schultzenstein, VerwArch. 28, 169 ff., der trotz der von ihm am Widmungsbegriffe geübten Kritik die im Text genannte Ansicht vertritt.

lichen Rechtes[53]). Otto Mayer stützt diese Ansicht — neben den deutlich vorhandenen römisch-rechtlichen Anklängen[54]) — vor allem auf die Lehre des französischen Rechtes vom „domaine public". Es kann aber zweifelhaft erscheinen, ob dies mit Recht geschah. Denn wenn diese Lehre vom „domaine public" überhaupt als für das französische Recht herrschend anerkannt werden darf[55]), so hat man damit — richtig verstanden — in der französischen Theorie[56]) zunächst nichts weiter aufstellen wollen als einen Sammelbegriff für alles das, was sich in der Hand des Staates überhaupt an Eigentum vereinigen kann, ohne anfänglich irgendeine Scheidung zwischen domaine public und domaine privé de l'Etat zu machen. Nach dem französischen Rechte des code civil war mit „domaine public" noch nicht das Geringste gesagt über den öffentlich-rechtlichen (publizistischen) oder privatrechtlichen Charakter dieses Eigentums. Das festzustellen ist die Lehre vom „domaine public" — das muß gegenüber der Ansicht Otto Mayers stets betont werden — anfänglich nicht bestimmt gewesen[57]).

Der Ansicht Otto Mayers ist im deutschen Rechte die allgemeine Anerkennung versagt geblieben. Gesetzgebung und Praxis haben an der herrschenden Lehre festgehalten. Es braucht zu einer Widerlegung der Ansicht von Otto Mayer nicht hingewiesen zu werden auf die Unzweckmäßigkeit des von ihm befürworteten Nebeneinanderbestehens zweier Eigentumsordnungen[58]). Denn nach heutigem

[53]) Eine sehr klare und übersichtliche Darstellung dieser Gedankengänge: Schelcher, Öff. Weg, 10 ff., verbunden mit kritischen Bemerkungen.

[54]) die O. Mayer, ArchÖffR. 16, 41 selbst betont; dazu sei bemerkt, daß auch die französische Theorie sich gelegentlich auf den römischen Standpunkt stellt; s. Planiol Band I, S. 970/1.

[55]) was nach den Darlegungen von Josserand, Band I, S. 767/8 zumindest zweifelhaft erscheinen kann: „. . . et il semble bien que ce soit cette théorie civiliste qui gagne du terrain au cours de ces dernières années."

[56]) Das gilt für die ältere französische Wissenschaft, von der Otto Mayer ausging; s. dazu Rolland S. 284: „. . . pour les rédacteurs du Code civil, les expressions ‚domaine public' et ‚domaine de la nation' etaient synonymes"; s. auch Planial Bd. I, S. 969; allerdings sind die ersten Anfänge der heutigen französischen Lehre vom domaine public bereits in dem „Traité de Proudhon sur le domaine" vom Jahre 1833 gelegt worden; s. dazu Rolland aaO. und Planiol S. 970.

[57]) s. dazu Rolland no. 432; Planiol Bd. I, S. 969 und 971: „domaine du public"! „Par conséquent quand le Code dit, qu'une chose fait partie du domaine public, il n'a pas pour but de l'exclure du domaine privé; il veut exprimer qu'elle est domaniale"; daß die Auswirkungen dieser Lehre andere gewesen sind, steht dem nicht entgegen. Rolland No. 440 spricht für das heutige französische Recht davon, daß der Staat an den öffentlichen Sachen kein Eigentumsrecht („propriété" im Gegensatz zu domaine) habe, sondern „un droit de garde ou de surintendance"; ebenso Berthélemy S. 477 bis 480; Planiol Bd. I, S. 972; man beachte aber auch hierbei die Bedenken von Josserand Bd. I, S. 767/8. Anderer Ansicht indessen Kempke 26/7 mit Anm. 72/3 und S. 35 ff., aber unter nicht immer richtiger Würdigung der zitierten französischen Rechtsquellen.

[58]) Das verkannte Otto Mayer ArchÖffR. 39, 77 ff.; Schelcher, Fischers Z. 48, 380; Kempke 64, Leitsatz 2 am Ende; Enneccerus-Nipperdey 394, Anm. 6 c.

Rechte gibt es eine solche Ordnung des öffentlichen Eigentums nicht. Die Theorie des öffentlichen Eigentums stellt mithin auch kein geltendes Recht dar[59]), sondern trägt höchstens einen vielleicht wünschenswerten Zustand de lege ferenda vor[60]). Zweckmäßig könnte eine solche besondere Ordnung des öffentlichen Eigentums in der Hand des Staates durchaus sein. Denn auch der Anhänger der herrschenden Theorie muß anerkennen, daß die Spaltung der Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache in solche des öffentlichen und solche des Privatrechtes eine Ideallösung nicht darstellt[61]). Widerspricht sie doch vor allem der aus der Einheit der Rechtsordnung fließenden, jeder rechtlichen Beziehung immanenten Tendenz zu einheitlicher Ausgestaltung[62]). Daß im übrigen diese aus der Zwiefältigkeit der Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache entstehenden Schwierigkeiten nicht nur theoretische sind, zeigt sich darin, daß immer von neuem Unannehmlichkeiten z. B. bei der Organisation von Unternehmungen der öffentlichen Hand entstehen. Auch hier ist dauernd — wie bei den Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache — die Spaltung zwischen öffentlichem Zweck und privatrechtlicher Rechtsform zu überwinden. Nach geltendem Rechte läßt sich aber diese Spaltung n i c h t beseitigen, so unheilvoll sie sich auch gelegentlich auswirken mag. Will man hier Abhilfe schaffen, so bedarf es eines Eingreifens des Gesetzgebers, der die bisherige Rechtsordnung durchbrechend neue, zweckmäßigere Rechtsformen für derartige Tatbestände schaffen muß. Hier könnte dann das, was Otto Mayer mit Hilfe des Begriffes des „öffentlichen Eigentums" für das geltende Recht der öffentlichen Sachen zu erreichen suchte, in ähnlicher Form, möglicherweise sogar in einem weiteren als dem von ihm beabsichtigten Umfange durchaus Wirklichkeit werden. Es mag hier der Hinweis auf die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft und auf die Deutsche Reichsbank genügen, deren Organisationsformen man in allgemeiner Kennzeichnung als die öffentlich-rechtlicher Aktiengesellschaften bezeichnen kann. Solche Gestaltungen sind indessen — die

---

[59]) Gierke 21, Anm. 5; Maunz 132 bis 136; ebenso Schmidt-Grimma 46/7 mit weiteren Belegen; ebenfalls zustimmend (bei sonstiger allgemeiner Ablehnung der hier vertretenen Ansicht) Schelcher, FischersZ. 48, 356; gegenteiliger Ansicht Bühler 296 bis 299.

[60]) Enneccerus-Nipperdey 394, Anm. 6 c bestreitet allerdings das Wünschenswerte dieses Zustandes; er will „die einheitliche Auffassung des Eigentumsbegriffes" nicht ohne Not aufgeben.

[61]) Dem widerspricht allerdings Enneccerus-Nipperdey 394, Anm. 6 c zu 3: „Das Nebeneinander von Eigentum und öffentlicher Zweckbestimmung ist durchaus erträglich und führt zu befriedigenden Ergebnissen"; eine Begründung dieser Ansicht fehlt.

[62]) s. dazu Lasally 154 bis 156, nach dem diese Tendenz so weit geht, daß sie sogar die Unterscheidung zwischen öffentlichem und bürgerlichem Rechte zu überbrücken vermag; im gleichen Sinne von Gehe, 142/3; Siebert, Verwirkung, 125/6; Benkendorff, JW. 1933, 2871; Unger 113 unter berechtigtem Hinweis auf das preußische ALR.; Friedrichs. ArchÖffR. 40, 347.

hierzu erlassenen Sondergesetze[63]) bezeugen es — Ausnahmen. Es bedarf zu ihrer Schaffung besonderer Normen des Gesetzgebers, die hinsichtlich des Rechtes der öffentlichen Sachen bisher nicht oder doch nur in verschwindend geringem Umfange auf den dem Landesrechte vorbehaltenen Gebieten[64]) vorhanden sind. Es ist fernerhin davon auszugehen, daß die öffentlichen Sachen nach geltendem Rechte nicht oder jedenfalls nicht in dem Umfange[65]) wie im römischen Rechte[66]) als res extra commercium anzusehen sind. Es sind daher heute an ihnen Privatrechte, insbesondere also ein nach den allgemeinen privatrechtlichen Normen bestimmtes Eigentum in jedem Falle möglich. Diese Rechte unterliegen auch keiner anderen Rechtsordnung als gleichartige Rechte an nicht-öffentlichen Sachen[67]). Mithin kann das Eigentum an öffentlichen Sachen an jedes Rechtssubjekt, an eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes ebenso wie an eine physische oder juristische Person des Privatrechtes übertragen werden. Das folgt auch daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch keinerlei Beschränkungen öffentlicher Sachen hinsichtlich ihrer Verkehrsfähigkeit kennt, bisher bestehende Ausnahmen des Landesrechtes[68]) nach Artikel 55 seines Einführungsgesetzes aber nicht mehr neben sich duldet. Nach der herrschenden und anzuerkennenden Theorie ist aber die Frage der Möglichkeit einer Übertragung des Eigentums an einer öffentlichen Sache eine solche des Privatrechtes, sodaß Artikel 55 des EG. zum BGB. ohne weiteres Anwendung finden kann.

§ 7.

Es bedarf nach dem Vorausgeschickten nur noch eines kurzen Eingehens auf die dem kirchlichen Dienste gewidmeten Sachen (res sacrae), die wegen ihrer Bedeutung in die folgende Untersuchung miteinbezogen werden sollen. Einem weit gefaßten Begriffe der öffentlichen, insbesondere der dem öffentlichen Dienst gewidmeten Sachen

---

[63]) S. das Bankgesetz und das Reichsgesetz über die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft (Reichsbahngesetz), beide vom 30. 8. 1924, abgeändert bzw. neu verkündet aus Anlaß des Young-Planes am 13. 3. 1930.

[64]) und auch dann nimmt man gelegentlich die Spaltung in den Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache wieder auf: s. das preußische Wassergesetz vom 7. 4. 1913, insbesondere §§ 7 ff.

[65]) Man kann den Begriff der res extra commercium natürlich auch so weit fassen, daß er ebenfalls die bloßen Beschränkungen in der Verkehrsfähigkeit, nicht nur die völlige Verkehrsentzogenheit umfaßt.

[66]) S. oben S. 9 f.

[67]) Ganz anders wegen seiner Lehre vom öffentlichen Eigentum Otto Mayer, VR., Bd. II, 63 und 65; hierzu zutreffend: Oßwald 37, der mit Recht die „stillschweigende Metamorphose" für bedenklich hält, die das öffentliche Eigentum Otto Mayers durchmachen müßte, wenn aus ihm — kraft der ihm innewohnenden Elastizität — wieder privatrechtliches Eigentum werden würde.

[68]) abgesehen von noch zu besprechenden ausdrücklichen Vorbehalten wie Art. 65 EG. zum BGB. bezüglich des Wasserrechtes und des Art. 127 EG. zum BGB. in Verbindung mit § 90 GBO.

wären sie schon ohnehin hinzuzurechnen. Der Kreis der kirchlichen Sachen ist unschwer zu umgrenzen: Beginnend bei den Kirchengebäuden gehören die Einrichtungsgegenstände dieser Gebäude und die unmittelbar dem Kultus dienenden Geräte bis zu den kirchlichen Friedhöfen hierzu[69]). Es mag erwähnt werden, daß die Friedhöfe im Eigentume politischer Gemeinden dem öffentlichen Dienste dieser Kommunen, wenn nicht sogar dem — wenn auch sehr eng begrenzten — Gemeingebrauche geöffnet sind[70]). Die so der Zahl nach bestimmten, dem kirchlichen Dienste gewidmeten Sachen gewinnen ihre besondere, ihrem Zwecke entsprechende Stellung durch Bestimmung seitens der Kirche, in deren Eigentum sie stehen[71]). Dies kann durch eine sakramentale Weihe wie in der katholischen Kirche[72]) oder durch einen einfachen liturgischen Akt, d. h. einfache Dedikation[73]) wie in der evangelischen Kirche oder endlich durch bloße Ingebrauchnahme geschehen. Beides hat jedoch, entsprechend dem heutigen Rechte der Beziehungen zwischen Staat und Kirche, an dem auch, soweit es hier in Betracht kommt, durch die neueste Gesetzgebung vorläufig nichts geändert worden ist[74]), naturgemäß zunächst nur innerkirchliche Bedeutung. Denn die kirchlichen Normen können trotz des den Religionsgesellschaften (bestimmter Art) verliehenen Rechtes der Selbstgesetzgebung[75]) die staatliche Eigentumsordnung für Sachen jeglicher Gattung nicht brechen[76]). Trotzdem muß der Schutz, den der Staat einer Gemeinde und den in ihrem Eigentume stehenden öffentlichen Sachen angedeihen läßt, für diejenigen Religionsgesellschaften, die die Qualität als Körperschaft des öffent-

---

[69]) S. hierzu Rey 118.

[70]) Über die trotzdem recht gleiche rechtliche Behandlung von kirchlichen und Gemeindefriedhöfen s. Rey 118 und Preuß. Kabinettsorder vom 14. 4. 1840 (Pr.JustizMBl. 1840, 143).

[71]) Darüber, daß die geschichtliche Erklärung für das heute an kirchlichen Sachen bestehende Eigentum im germanischen Eigenkirchenrecht liegt, s. Hübner 168 unter Bezugnahme auf Stutz; über die Entwicklung der Eigentumsfrage hinsichtlich der res divini juris des römischen Rechtes s. Kipp § 47, 4, S. 192.

[72]) d. h. durch Konsekration oder Benediktion; diese Förmlichkeiten wären etwa in ihrer Bedeutung für das rechtliche Schicksal der Sache der Widmung eines öffentlichen Weges gleichzustellen.

[73]) Oßwald 96.

[74]) S. Gesetz über die Verfassung der Deutschen Evangelischen Kirche vom 14. 7. 1933 (RGBl. I, 471) und die ebendort anliegende Verfassung der Deutschen Evangelischen Kirche, Abschnitt III, Artikel 3, Ziffer 2. Gleiches gilt von dem am 20. 7. 1933 abgeschlossenen Reichskonkordat, Artikel 17: „. . . nach Maßgabe der allgemeinen Staatsgesetze . . ."

[75]) Kormann, Veräußerungsbeschr. 11; s. auch RVerf. Art. 137, Absatz III und V.

[76]) Tretzel 708; s. dazu Art. 17 des Reichskonkordats vom 20. 7. 1933: „Das Eigentum und andere Rechte der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, der Anstalten, Stiftungen und Verbände, der katholischen Kirche an ihrem Vermögen werden nach Maßgabe der allgemeinen Staatsgesetze gewährleistet. Aus keinem irgendwie gearteten Grunde darf ein Abbruch von gottesdienstlichen Gebäuden erfolgen, es sei denn nach vorherigem Einvernehmen mit der zuständigen kirchlichen Behörde".

lichen Rechtes besitzen und die von ihnen geweihten kirchlichen Sachen (res sacrae), der gleiche sein[77]). Einer besonderen Verleihung der Eigenschaft als staatlich anerkannter res sacra[78]) bedarf es demnach nach heutigem Staatskirchenrechte nicht[79]). Aus diesen Gründen sind auch in der folgenden Untersuchung die res sacrae der Religionsgesellschaften mit öffentlich-rechtlicher Korporationsqualität den staatlichen öffentlichen Sachen gleichzustellen[80]). Es wird gegebenenfalls auf Besonderheiten hingewiesen werden.

§ 8.

Mit dem bisher Erörterten ist nun aber nichts darüber ausgesagt worden, wie sich dieser festgestellte privatrechtliche Teil der Rechtsbeziehungen an der öffentlichen Sache verhält zu ihrer öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung, dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen (auch kirchlichen) Dienste offenzustehen. Dieser Schwierigkeit hieße es sich entziehen, wollte man sagen, daß schon im Ringen der Idee des privatrechtlichen Eigentums mit der der öffentlichen Verwaltung, nicht erst in der Lösung dieses Widerstreites der Sinn der öffentlichen Sache liege[81]). Vielmehr ist hier eine scharfe Grenzziehung vonnöten. Es ist genau festzustellen, in welchem Umfange das Eigentum an einer öffentlichen Sache sich neben deren öffent-

---

[77]) Unbedenklich gilt dies für das Recht der evangelischen Kirche und zwar schon wegen der früheren staatskirchenrechtlichen Verhältnisse, die — zeitweise jedenfalls — die kirchliche Verwaltung nur als ein spezielles Betätigungsfeld staatlicher Verwaltung erscheinen ließen. Für diese Zeit waren die res sacrae nur ein Unterfall der res publicae. Dies aber wirkt noch heute fort (s. hierzu Schmitt 202 und Tretzel 710). Für die res sacrae fordert Oßwald 96 eine zur kirchlichen Weihe hinzutretende rechtliche Weihe seitens des Staates; ebenso Tretzel 708. Die res sacra würde zudem der res publica nur dann gleichgestellt, wenn sie einen usus publicus aufzuweisen habe. Für die res sacrae der katholischen Kirche genügt nach Rey 117, soweit es sich um Kirchengebäude handelt, eine der kirchlichen Weihe entsprechende Verwendung nur, solange sie andauert. Die besondere Stellung der zum Gottesdienst bestimmten Sachen sieht — ohne Schranken — als fortbestehend an: Enneccerus-Nipperdey 391. Nach Meurer bei Stengel-Fleischmann 381 stehen die staatlichen Gesetze auf dem Standpunkte der Zweckformulierung, d. h. sie verknüpfen die den res sacrae anhaftenden besonderen Rechtsfolgen nur mit denjenigen Sachen, die dem öffentlichen Gottesdienst dienen „und demgemäß zu den öffentlichen Sachen zählen"; s. Meurer a.a.O. auch S. 382. S. auch Alff 5 und 7.

[78]) wie sie noch Oßwald 96 fordert.

[79]) Es bedarf daher keines Eingehens auf die strittige Frage, ob die landesrechtlichen Bestimmungen bezüglich des Kirchengutes durch das BGB. aufgehoben worden sind oder nicht (s. dazu Klein 244 und Rey 116); praktische Bedeutung käme ihnen nicht mehr zu, da sie durch das geltende Staatskirchenrecht überholt sind, welches den Kirchen hierüber das Selbstbestimmungsrecht zuspricht.

[80]) S. dazu Schmitt 203; Otto Mayer, VR., Bd. II, 47 und 56/7 mit dem Hinweis, daß die Kirche insoweit öffentliche Verwaltung ausübe; über die Selbstverständlichkeit dieses Satzes hinsichtlich der res sacrae der protestantischen Kirche: Tretzel 710.

[81]) so tatsächlich Maunz 310.

lich-rechtlicher Zweckbestimmung entfalten kann. Erst damit ist das Problem der öffentlichen Sache gelöst. Dies zu tun, wird Aufgabe der nachfolgenden Untersuchung sein.

Eine derartige Prüfung erscheint allerdings überflüssig, wenn man Otto Mayers Theorie des „öffentlichen Eigentums" anerkennt. Für sie gibt es die Notwendigkeit einer Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen und des privatrechtlichen Herrschaftsbereiches an der öffentlichen Sache nicht. Denn Fundamentalsatz der Lehre Otto Mayers ist: „Ausgeschlossen sind alle Rechtsinstitute des bürgerlichen Rechts."[82]) Nach Otto Mayer gibt es demnach nur öffentlich-rechtliche Beziehungen der öffentlichen Sache. Würde man ihm folgen, so hätte man mithin grundsätzlich nur — ähnlich wie der Jurist des römischen Rechtes — festzustellen, auf welche Weise eine Sache zur öffentlichen wird und wodurch sie ihre besondere öffentliche Eigenschaft wieder verliert. Es liegt dann dem Untersuchenden nur ob, den Kreis der öffentlichen Sachen zu bestimmen; über ihr rechtliches Schicksal im Einzelfalle ist grundsätzlich Erhebliches nicht mehr zu sagen, da sie einem Rechtsverkehr im privatrechtlichen Sinne nicht unterliegen.

Einer derartigen Betrachtungsweise mag man den Vorzug der völligen Geschlossenheit und Unzweideutigkeit zugestehen. Der herrschenden Lehre von den Rechtsverhältnissen der öffentlichen Sache würde sie indessen nicht entsprechen. Außerdem besäße sie den genannten Vorzug auch nur dann, wenn sie sämtliche denkbaren Fälle erfassen würde. Das ist aber nicht der Fall. Denn Otto Mayer selbst[83]) muß bestimmte, bereits oben[84]) besprochene Tatbestände aus seiner Lehre ausscheiden, unter denen der wichtigste der ist, daß ein öffentlicher Weg über das Grundstück eines privaten Eigentümers führt. Für diesen Tatbestand enthält die Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum keine Lösung, denn bei ihm besteht ein derartiges spezielles, rein öffentliches Eigentum nicht. Selbst wenn man also die Lehre Otto Mayers anerkennen würde, blieben dennoch die genannten Tatbestände übrig, in denen es ebenfalls einer Untersuchung über die Grenzziehung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsbeziehungen an der öffentlichen Sache bedürfte.

Nun enthält das rechtliche Schicksal einer öffentlichen Sache sicher solange nichts Problematisches, wie das privatrechtliche Eigentum an ihr die ihm durch die Öffentlichkeitsqualität der Sache gezogenen Grenzen wahrt und auch die Ansprüche der Allgemeinheit an die Sache sich nicht verändern.

Anders dagegen, wenn ein Teil der Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache zum Nachteil des anderen Teiles seinen Umfang auszudehnen beginnt. Dabei bietet es im vorliegenden Zusammen-

[82]) Otto Mayer, VR., Bd. II, 63.
[83]) S. Otto Mayer, VR., Bd. II, 48 9.
[84]) S. S. 14.

hange kein besonderes Interesse, wenn die Beanspruchung der Sache durch die Allgemeinheit sich steigert. Dieser Fall ist durch viele einzelne Gesetze (Enteignungsgesetze, Vorschriften über die sog. Inanspruchnahmeverfügung im Wegerecht usw.) ausdrücklich und abschließend geregelt. Die hierbei auftretenden Streitfragen haben allein verwaltungsrechtliche Bedeutung.

Wie aber, wenn das an der öffentlichen Sache bestehende privatrechtliche Eigentum einen weiteren Umfang als den ihm bisher zugebilligten beansprucht, wenn der Eigentümer die durch das öffentliche Recht gezogenen Grenzen mißachtet? Kein Augenblick im rechtlichen Schicksal einer öffentlichen Sache ist für eine derartige Untersuchung zunächst geeigneter als der des Eigentumsüberganges an ihr, falls der Erwerber der Sache gutgläubig hinsichtlich ihrer Eigenschaft als einer öffentlichen war. Hier muß es sich zeigen, wie die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen bei Beurteilung der Rechtslage der öffentlichen Sache nebeneinander bestehen können oder inwieweit dies nicht möglich ist. Der gutgläubige Erwerber der Sache wird, sobald er von ihren öffentlich-rechtlichen Beschränkungen erfährt, sich zur Wehr setzen. Er glaubte, volles, unbeschränktes Eigentum zu erwerben und erhielt statt dessen, nach den öffentlich-rechtlichen Ansprüchen auf die Sache zu urteilen, nur einen Rest einer Verfügungsgewalt.

Es wäre überflüssig und müßte zu Wiederholungen führen, wollte man alle denkbaren Eigentumserwerbsmöglichkeiten in diesem Sinne untersuchen. Kennzeichnend gegenüberzustellen hat man vielmehr zunächst vor allem den Fall, daß das Eigentum an einer öffentlichen Sache auf einen anderen übertragen wird, der von dieser besonderen Eigenschaft der Sache nichts weiß, und den wesentlich anders liegenden Fall, daß jemand durch Ersitzung das Eigentum an einer öffentlichen Sache erwirbt, ebenfalls unter der Voraussetzung seiner Unkenntnis der Öffentlichkeitsqualität der Sache*). Außerdem aber ist zu betrachten ein Fall des augenblicklichen Eigentumsüberganges durch Übertragung neben einem Fall des Eigentumserwerbes durch Ersitzung, dessen Voraussetzung das Verstreichen eines mehr oder minder langen Zeitraumes ist, während dessen die Verwaltungsbehörde der betreffenden öffentlichen Sache sich untätig verhalten haben muß, da der Ersitzende sonst hinsichtlich ihrer Öffentlichkeitsqualität nicht gutgläubig hätte sein können. Im Zusammenhang mit dem Ersitzungsfalle wird sich dann auch Gelegenheit bieten, den Fund zu behandeln, der ebenfalls eine Eigentumserwerbsart ist, deren

*) Diese Gutgläubigkeit ist insoweit eine andere als die bona fides, die für die Ersitzung als solche erforderlich ist, hier handelt es sich allein um den guten Glauben hinsichtlich der Lastenfreiheit der Sache d. h. hinsichtlich ihrer Öffentlichkeitsqualität. Das gilt auch für den Eigentumserwerb durch Übertragung, bei dem auch diese Gutgläubigkeit von der zu unterscheiden ist, die etwa für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten erforderlich ist.

hauptsächliche Voraussetzung der Ablauf eines gesetzlich bestimmten Zeitraumes ist.

Hieran wird sich jedoch noch eine Untersuchung der folgenden Frage zu knüpfen haben: Es wäre denkbar, daß der gutgläubige Erwerber einer bisher öffentlichen Sache, der sie durch Übertragung zu Eigentum erlangte, nach dem Ergebnis der noch anzustellenden Untersuchung deren Öffentlichkeitsqualität auch fernerhin gegen sich gelten lassen müßte. Es könnte dann praktisch der Fall eintreten, daß der gutgläubige Erwerber trotzdem als unbeschränkter Eigentümer über seine Sache verfügen kann, weil die zuständige Verwaltungsbehörde — ebenso wie im Ersitzungsfalle — trotz des inzwischen eingetretenen Eigentumsüberganges sich während eines langen Zeitraumes hinsichtlich der ihr unterstehenden Sache untätig verhält. Soll dann der Eigentümer auch fernerhin die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen gegen sich gelten lassen müssen, obgleich er — wie im Ersitzungsfalle — die Sache während langer Zeit — möglicherweise während einer vollen Ersitzungszeit — wie ein durch nichts beschränkter Eigentümer in Unkenntnis ihrer Öffentlichkeitsqualität genutzt hat?

II. Übertragung des Eigentums an einer öffentlichen Sache an einen hinsichtlich dieser besonderen Eigenschaft der Sache Gutgläubigen.

§ 1.

Nach dem bisher Gesagten ist das Eigentum an öffentlichen Sachen[1]) auch durch Übertragung (traditio) erwerbbar. Denn aus dem Bestehen eines Privateigentums an den öffentlichen Sachen folgt — jedenfalls für das geltende Recht — auch dessen Übertragbarkeit. Ein Eigentum, das n u r in der Hand des Staates oder der Gemeinden zulässig ist, kennt das geltende Recht nicht. Zwar wäre ein derartiges Eigentum durchaus denkbar. Denn es gibt auch — bei entsprechender, nur privatrechtliche Wirksamkeit entfaltender Vereinbarung — gemäß § 399 BGB. nicht-übertragbare Forderungen, die trotzdem nicht aufhören, Forderungen im Sinne des bürgerlichen Rechtes zu sein. Die Ordnung für ein derartiges Eigentum ist aber dem geltenden Rechte[2]) ebenso fremd wie die der — auf verwandten Gedanken beruhenden — Theorie Otto Mayers entsprechende Normierung des öffentlichen Eigentums. Einer besonderen Unter-

[1]) worunter im folgenden stets zu verstehen sind: 1. Sachen im Gemeingebrauch; 2. dem öffentlichen und auch kirchlichen Dienste gewidmete Sachen. Besonderheiten werden stets am gegebenen Orte bemerkt werden.

[2]) abgesehen von Ausnahmen, wie sie etwa im Reichserbhofrecht in ihren Anfängen ausgebildet sind.

suchung über das Wesen eines derartigen — unübertragbaren — Eigentums bedarf es daher nicht. Für die hier zu führende Untersuchung sind die im einzelnen Falle zur Anwendung gelangenden Formen der Eigentumsübertragung gleichgültig. Denn es ist davon auszugehen, daß im Bürgerlichen Gesetzbuche eine erschöpfende Regelung dafür getroffen worden ist, unter welchen Umständen das Eigentum an Sachen entsteht, übergeht und untergeht[3]). Der landesrechtliche Vorbehalt des Artikel 111 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch trifft nur Verfügungen tatsächlicher Art[4]). Das gilt für bewegliche Sachen[5]) schlechthin. Ausnahmen bestehen nur bei Grundstücken[6]) nach Landesrecht gemäß dem in Artikel 127 EG. zum BGB. enthaltenen Vorbehalte[7]). Davon abgesehen, ordnet das Bürgerliche Gesetzbuch aber die Fragen des Eigentumsüberganges für alles, was „Sache" ist[8]). Somit kann man auch durch Erwerb vom Nichtberechtigten das Eigentum an einer öffentlichen Sache erlangen[9]), wenn nur alle vom BGB. dafür aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. An solchem Eigentumserwerbe hindert auch nicht die bisweilen dazu geforderte Zustimmungserklärung bestimmter Organe oder der Aufsichtsbehörde der bisher verfügungsberechtigten Körperschaft des öffentlichen Rechtes[10]). Denn einmal bedeutet das Fehlen dieser Zustimmung nicht ohne weiteres eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des das Eigentum aufgebenden Vertreters der öffentlichen Körperschaft. Außerdem aber kann solchen Vorschriften dem exklusiven Charakter der Eigentumsregelung des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber und angesichts des wohlerwogenen

---

[3]) Kempke und seine im Ergebnis richtige, aber etwas gewaltsame Interpretation der intertemporären Norm des Art. 181 EG. zum BGB.; Friedrichs, Gruch-Beitr. 62, 457 f.; OLG. Rostock in OlG.-Rspr. 34, 175, Anm. 1; OVG. (Preuß.) 68, 165.

[4]) S. hierzu Entwurf eines EG. zum BGB. S. 196/7. Motive zu Art. 72 und ferner die dort genannten Motive zum BGB. Vorschriften wie Art. 12 des bad. AG. zum BGB.: „An Wegen und Plätzen können, solange sie dem Gemeingebrauch gewidmet bleiben, dingliche Rechte nicht begründet werden" kann demgegenüber wegen der Art. 55 und 111 EG. zum BGB. („. . . tatsächlicher Verfügungen . . ."), die keinen diesbezüglichen Vorbehalt darbieten, nur öffentlich-rechtliche Bedeutung zukommen.

[5]) abgesehen von der hier nicht zu untersuchenden Frage der möglichen Notwendigkeit von Erwerbserlaubnissen usw.

[6]) Darauf, was im Verwaltungsrechte unter einem Grundstück zu verstehen ist, soll hier nicht eingegangen werden (s. Gerber 45 mit Belegen). Hier handelt es sich um eine Darlegung der möglichen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Beziehungen einer öffentlichen Sache unter Zugrundelegung des Sachbegriffes des BGB. Unter Grundstück ist daher auch stets „Grundstück im Sinne des BGB." zu verstehen.

[7]) Wie sich der Eigentumsübergang nach Landesrecht gestalten würde, darüber s. Loomann 29.

[8]) O. Mayer, ArchÖffR. 16, 41.

[9]) RG. in Recht 1910, Nr. 3181. Auch die Unterscheidungen Kormanns, Veräußerungsbeschr., 156 sind dabei anzuerkennen.

[10]) S. z. B. das sog. Reichseigentumsgesetz vom 25. 5. 1873 (RGBl. 113 ff.), § 5.

Wortlautes des Artikel 111 EG. zum BGB.[11]) nur die Bedeutung von Soll-Vorschriften zuerkannt werden[12]). Eine Ausnahme hiervon gilt nur, wenn etwa ein ganzes Rechtsgebiet dieser, die öffentlichen Sachen betreffenden Art dem Landesrechte vorbehalten ist, wie z. B. das Wasserrecht durch Artikel 65 EG. zum BGB.[13]). Gleiches gilt von der gelegentlich betonten „partiellen Extrakommerzialität" der öffentlichen Sachen[14]). Diese bedeutet nicht ein Veräußerungsverbot des in den §§ 134/135 BGB. bezeichneten Inhaltes[15]). Ein Veräußerungsverbot erfaßt stets die Sache als solche, d. h. in ihrer Totalität. Nur in einem solchen Falle sind seine Wirkungen die der §§ 134/135 BGB. Die hier dagegen fragliche öffentliche Zweckbestimmung einer Sache ergreift stets nur diejenigen — öffentlich-rechtlichen — Beziehungen der Sache, die mit dem an ihr bestehenden Gemeingebrauch oder dem öffentlichen Dienste in unmittelbarem Zusammenhange stehen. Was außerhalb des Gebietes der öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Sache liegt, ist von der öffentlich-rechtlichen Belastung nicht erfaßtes, mithin freies Privateigentum, das wie jedes andere veräußert und auch wieder erworben werden kann. Nicht Überordnung, sondern grundsätzliche Gleichordnung ist demnach das Kennzeichnende an diesem Verhältnis der beiden rechtlichen Beziehungsmöglichkeiten der öffentlichen Sache.

§ 2.

Wenn nun auf die oben geschilderte Weise das Eigentum an einer öffentlichen Sache erworben worden ist, muß dann der Erwerber, der von dem Charakter der Sache als einer öffentlichen nichts wußte und unter Umständen nichts wissen konnte, auch fernerhin die bisherige Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen gegen sich gelten lassen? Der Grundsatz, daß niemand mehr an Rechtsmacht übertragen könne, als ihm selbst zustand, wird im heutigen Recht durch einen Schutz des guten Glaubens durchbrochen, und

---

[11]) S. Motive zum EG. zum BGB. 1. Lesung S. 196/7.

[12]) So Klein 244 bezüglich der res sacrae der katholischen Kirche; Gierke 20, Anm. 2; zustimmend auch Friedrichs, GruchBeitr. 64, 687 für das sog. Verwaltungsvermögen, unter berechtigtem Hinweis auf den Ausnahmefall der Zwangsvollstreckung; dies ist aber hier nicht zu erörtern, denn in einem solchen Falle steht den öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Zweckgebundenheit der öffentlichen Sache ebenfalls öffentliches Zwangsvollstreckungs- und Verfahrensrecht gegenüber, sodaß einer derartigen Untersuchung rein öffentlich-rechtliche Bedeutung zukäme; nur zum Teil zustimmend Kormann, Veräußerungsbeschr., 8/9 und 103/4.

[13]) Eine gute Übersicht der Vorbehalte bei Oßwald 11.

[14]) Nipperdey 391; Brunner 53; Biermann, Öff. Sachen, 22; anders — allerdings unter sehr willkürlicher Auslegung der zitierten Motive — Tretzel 712/3.

[15]) Gleicher Ansicht hinsichtlich der Veräußerungsbeschränkungen von res ecclesiasticae der katholischen Kirche mit Recht Klein 244; sachlich übereinstimmend Nottebohm 697; ebenso mit sehr ausführlicher, wenn auch wegen der getroffenen Unterscheidung der Rechtsnormen vielleicht etwas spitzfindiger Begründung Raape 175 bis 179; s. RGZ. 31, 220.

dies gilt nicht nur hinsichtlich des Erwerbes des Eigentums an der (auch öffentlichen) Sache (s. §§ 892 und 932 BGB.). Der gesamte Gutglaubensschutz beruht allerdings nur auf Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Diese sind zunächst auch allein zu dem Zwecke gedacht, ehrliche Geschäftsbeteiligte gegen Vermögensverluste sicherzustellen. Hier dagegen handelt es sich um eine öffentlich-rechtlichen Normen unterstehende Eigenschaft der betreffenden Sache. Es kann daher sehr zweifelhaft sein, ob auch in diesem Zusammenhange auf den Gutglaubensschutz des Bürgerlichen Gesetzbuches zurückgegriffen werden darf. Mit dem eben Gesagten soll allerdings nicht in den alten Fehler verfallen werden, das Privatrecht durch einen mehr oder minder weit gespannten vermögensrechtlichen Begriff bestimmen zu wollen und ihm außerhalb dieser Grenzen jede Wirksamkeit abzusprechen. Vielmehr ist auch im vorliegenden Falle die Grundfrage dahin zu stellen, in welchem Maße sich der Gutglaubensschutz des Bürgerlichen Gesetzbuches, der grundsätzlich für öffentlich-rechtliche Verhältnisse nicht als Norm bestimmt ist[16]), auch gegenüber diesen öffentlich-rechtlichen Beziehungen[17]) durchzusetzen vermag. Wie weit die Rechtssätze des einen Gebietes im anderen Anspruch auf Geltung haben, bedarf stets einer Untersuchung von Fall zu Fall. Leitmotiv muß dabei die Wahrung des öffentlichen Interesses und etwa bestehender öffentlich-rechtlicher Sondernormen sein[18]). Auch bei der hier anzustellenden Untersuchung ist daher in dieser Weise zu verfahren.

§ 3.

Größere Schwierigkeiten bestehen hierbei nicht hinsichtlich der Festlegung der Wirkungen des Gutglaubensschutzes des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber dem öffentlichen Rechte in Ansehung von Grundstücken, die öffentliche Sachen sind. Müßig ist eine derartige Untersuchung allerdings nicht. Denn auch das öffentliche Recht kennt Tatbestände, in denen man von einem ins öffentlich-rechtliche abgewandelten Gutglaubensschutz sprechen könnte. Es sind dies vor allem die Fälle, in denen der Empfänger einer polizeilichen (z. B. Bauerlaubnis) Genehmigung im Vertrauen auf die Beständigkeit dieser polizeilichen Verfügung mit seinem Vorhaben (dem Bau) bereits begonnen hat und ihm gegenüber nunmehr der Widerruf der einmal erteilten Erlaubnis unter bestimmten Voraussetzungen kraft Gesetzes

---

[16]) Heck § 44, I, 1, f.

[17]) Die durch ihre Zweckbestimmung gegebenen Beziehungen der öffentlichen Sache sind natürlich öffentlich-rechtlicher Natur: Die hier ergriffenen Lebensbeziehungen haben unmittelbarste Beziehung zu den Belangen der Allgemeinheit; selbstverständlich ebenso Schelcher, Öff. Weg, 50/1, zugleich für viele andere.

[18]) So insbesondere Lasally 154; s. hierzu auch RGZ. 113, 81; RG. in JW. 1931, 735: „. . . gilt auch im öffentlichen Recht mit den durch dessen besondere Beschaffenheit gebotenen Schranken"; s. auch Hamburger, Anm. ebendort; auch PrOVG. 82, 315 u. a.

ausgeschlossen ist[19]). Jedoch ist im hier zu untersuchenden Falle hinsichtlich des Gutglaubensschutzes des EGB. bei einem Eigentumserwerbe an Grundstücken folgendes zu bedenken: Gemäß § 892 BGB. besteht ein Schutz — zunächst allerdings hinsichtlich eines jeden Rechtsgebietes — für den gutgläubigen Erwerber des Grundstücks nur gegenüber solchen dinglichen Rechten, die zu ihrer Rechtswirksamkeit der Eintragung im Grundbuche bedürfen[20]). Der öffentliche Glaube des Grundbuches kann demnach keinerlei Wirkung ausüben hinsichtlich solcher Rechte an Grundstücken, die zu ihrem Bestande die Eintragung im Grundbuche nicht benötigen. Rechte am Grundstück, die in keinerlei Beziehung zum Grundbuche treten oder dies möglicherweise wegen ihrer besonderen Natur auch nicht können, unterliegen dem § 892 BGB. nicht. Solcher Grundbucheintragung sind nun zweifellos insbesondere die sogenannten „öffentlichen Lasten", „Oblasten" nach dem sächsischen Rechte[21]), entzogen, da es sich hierbei stets um öffentlich-rechtliche Beziehungen handelt[22]). Den „öffentlichen Lasten" ist aber die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen zuzurechnen. Denn wenn man sogar die öffentlichen Abgabepflichten (oder Steuerleistungspflichten) eines Grundstückes an einer öffentlichen Straße (genauer des jeweiligen Eigentümers dieses Grundstückes) unter die öffentlichen Lasten rechnet (arg. § 436 BGB.[23]), so kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen auch eine „öffentliche Last" darstellt. Das gilt in besonderem Maße von einem Grundstücke (man denke etwa an einen öffentlichen Weg oder an einen Kirchhof als Begräbnisstätte). Denn dabei macht sich die öffentlich-rechtliche Belastung der Sache derart intensiv bemerkbar, daß schließlich vom Eigentum nur eine „nuda proprietas"[24]), nur spärliche Gras- und Baumfrüchtenutzungsrechte in der Hand des privatrechtlichen Eigentümers übrigbleiben[25]). Wenn nun aber sogar öffentliche Lasten, die fast noch als privatrechtliche und vermögensrechtliche Lasten auf dem Grund-

[19]) S. hierzu § 42, Buchstabe c preuß. PVG.: „Die Zurücknahme . . . einer polizeilichen Erlaubnis oder Bescheinigung ist . . . nur zulässig,

a) . . .

b) . . .

c) wenn und soweit im Falle der Änderung des bestehenden Rechtes von der Erlaubnis oder Bescheinigung noch nicht Gebrauch gemacht worden ist und Tatsachen vorliegen, die nach dem neuen Rechte deren Versagung rechtfertigen würden.

d) . . ."

[20]) RG. in Recht, 1910, Nr. 3181.

[21]) S. zu dem Begriffe Richter 417.

[22]) Zustimmend: Sawitz 90; Gallenkamp 36; hinsichtlich der res sacrae und der für sie bestehenden Veräußerungsbeschränkung ebenso Tretzel 714, Anm. 118; ausdrücklich ebenso hinsichtlich des Gemeingebrauchs Loomann 25.

[23]) S. dazu auch Riewald 449 f.; Hofacker, Strafrechtsreform 111.

[24]) Kormann, Veräußerungsbeschr., 21/2; Schulte 1164.

[25]) Fleiner, VR., 359; darüber, daß auch das Hausrecht des Kirchhofeigentümers übrigbleiben kann, Jellinek, Grabreden, 132/3 und 137 (einschränkend); Schelcher, Öff. Weg, 4 und 67 sieht mit Recht in diesen

stücke bezeichnet werden könnten, der Grundbucheintragung entzogen sind, weil sie unbestreitbar durch die Person des Berechtigten, durch die zu ihrer zwangsweisen Verwirklichung offenstehenden Wege und anderes mehr in die Sphäre des öffentlichen Rechtes gehören, so gilt das gleiche in noch viel stärkerem Maße für die Eigenschaft einer Sache als einer öffentlichen. Die Kennzeichnung der Sache als einer öffentlichen kann ins Grundbuch nicht eingetragen werden[26]). Das enthält dann zugleich die Lösung — jedenfalls soweit es öffentliche Sachen, die Grundstücke sind, angeht — auf die Frage, ob der durch das Grundbuch im geltenden Privatrechte dargebotene Schutz des guten Glaubens auch auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes zu erstrecken ist. Nur wenn dies zu bejahen wäre, könnte man sich für den Fall, daß eine Eintragung im Grundbuche nicht vorhanden ist, darauf verlassen, daß auch eine öffentlich-rechtliche Grundstücksbelastung nicht besteht. Nach dem hier bisher Erörterten ist diese Frage indessen zu verneinen. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch mit gutem Grunde den Gutglaubensschutz in Anbetracht von Grundstücken schon für das von ihm geregelte Privatrechtsgebiet durch die Einrichtung des Grundbuchs auf die eintragungsfähigen Rechte am Grundstück beschränkt, so verstieße eine Ausdehnung dieses Schutzes des gutgläubigen Eigentumserwerbes hinsichtlich der Lastenfreiheit des Grundstücks auf nicht-eintragungsfähige öffentlich-rechtliche Lasten gegen den Sinn dieser Institution überhaupt. Man würde hierdurch diesem Rechtsgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches einen falschen Inhalt beilegen. Aus diesem Grunde ist der Gutglaubensschutz des BGB., jedenfalls soweit es sich um Grundstücke handelt, einer analogen Ausdehnung nicht fähig[27]). Gegenüber der Eigenschaft eines Grundstücks als einer öffentlichen Sache kann man sich auf den im § 892 BGB. dargebotenen Schutz des Gutgläubigen nicht berufen[28]).

Die Richtigkeit dieser Erwägung bestätigt auch der rechtliche Gehalt des — wenn auch nur dispositiven — § 436 BGB.[29]). Wenn

---

Resten von Befugnissen den sichersten Beweis für das Bestehen von Privateigentum an der öffentlichen Sache.

[26]) Friedrichs, ArchÖffR. 40, 332; Herrmann 75; Pr. OVG. in DJZ. 1911, 1222; PrOVG. 15, 326; Wolff (Martin), SR., § 45, I, 1 unter Anführung von JW. 1910, 813; RGZ. 80, 367/8; abweichend, aber nur wegen Verkennung der zu lösenden Frage, Bovensiepen 1200; dem hier Vertretenen widerspricht nicht, was KG. im Jahrbuch seiner Entscheidungen 40, 114 und Rey 114 sagen. Wenn dort Eintragungen bezüglich der kirchlichen Zweckbestimmung einer Vermögensmasse wie Pfarrkirche, Pfarrgut, Küsterei usw. zugelassen werden, so sollen derartige Eintragungen — wie die bezeichnete Entscheidung des KG. zweifelsfrei ergibt — am öffentlichen Glauben des Grundbuches ebensowenig Anteil haben wie etwa die Eintragung der Größe des Grundstücks („. . . die Eintragung eines Zusatzes, wie Pfarre, zu der Eintragung der Kirchengemeinde als Eigentümerin beantragen"; KG. a.a.O.); s. auch PrOVG. 84, 303.

[27]) Friedrichs, ArchÖffR. 40, 297.

[28]) ebenso für das Recht vor dem BGB. RGZ. 8, 159.

[29]) Kober, Anm. 6 zu § 436.

darin der Verkäufer eines Grundstücks für nicht verpflichtet erklärt wird, die Freiheit des verkauften Grundstücks von öffentlichen Lasten schlechthin zu bewirken, das Bürgerliche Gesetzbuch vielmehr hier den Ausgleich der Sachmängelgewähr des Verkäufers überläßt, so geschieht dies nur deshalb, weil das BGB. selbst[30]) hinter dem öffentlichen Rechte zurücktreten und in dieses nicht eingreifen will[31]). Was die auf dem Grundstücke ruhenden öffentlichen Lasten in ihrem Bestande und ihrem Untergange[32]) angeht, soll — im Zweifel — nicht Inhalt stillschweigender Abmachungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch überläßt die Behandlung dieser Fragen grundsätzlich dem öffentlichen Rechte, vor allem auch deshalb, weil keine durch irgendwelche Register mit öffentlichem Glauben[33]) vorgenommene Fixierung dieser Lasten besonderer Art vorhanden ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch will deshalb hier kraft ausdrücklicher Bestimmung seine Regeln nicht auf Fragen der öffentlich-rechtlichen Lasten ausgedehnt haben. Es stellt daher im § 436 eine Sondernorm auf, um die ohne sie zur Anwendung gelangenden Grundregeln der §§ 434 und 435 BGB. hier nicht durchdringen zu lassen, da diese nur zur Regelung rein privatrechtlicher Verhältnisse bestimmt sind. Auch hiernach wäre also das Grundstück durch Übertragung an einen Gutgläubigen seiner besonderen Eigenschaft als einer öffentlichen Sache nicht verlustig gegangen.

§ 4.

Damit ist indessen über die Lösung der Grundfrage mit Rücksicht auf bewegliche öffentliche Sachen noch nichts gesagt. Während bei Grundstücken das den Gutglaubensschutz bewirkende Publizitätsmittel das Grundbuch ist, das wie jedes Verzeichnis in seiner Aufnahmefähigkeit durch gesetzliche Vorschriften genau bestimmt wird, ist bei beweglichen Sachen das Publizitätsmittel, ohne daß Formalien gesetzlich bestimmter Art zu erfüllen wären, der Besitz[34]). Der gute Glaube an das Eigentum des bislang Besitzenden verbunden mit dem Übergang des Besitzes vermag grundsätzlich alle bisher an der Sache bestehenden, dem Eigentum des Erwerbers zuwiderlaufenden Rechte

[30]) wegen der dispositiven Natur des § 436 BGB. hat man hier einzufügen: „im Zweifel".

[31]) Dazu, daß dieses der Standpunkt des BGB. ist, s. Hübner 186.

[32]) Das „in ihrem Bestande und Untergange" bedarf der Hervorhebung. Wie lange die auf dem Grundstücke ruhenden öffentlichen Lasten als solche erhalten bleiben sollen, soll eine Frage des öffentlichen Rechtes sein. Für die gänzlich andersliegende Frage, ob die — in diesem Zusammenhange in ihrem Bestande unbestrittenen — öffentlichen Lasten wegen ihres Vorhandenseins den Verkäufer dem Erwerber gegenüber ersatzpflichtig machen, ist ein Problem der Sachmängelgewähr des Verkäufers.

[33]) also insbesondere nicht das Grundbuch; aber auch gelegentlich vorhandenen Baulasten- oder Oblastenbüchern kommt kein öffentlicher Glaube zu; s. Jellinek, VR., 196; Richter 417 ff., insbesondere 420.

[34]) S. dazu die in den §§ 932 ff. BGB. enthaltene Regelung, die stets an den Besitz anknüpft.

zu zerstören: §§ 932 bis 935 und insbesondere hier § 936 BGB. Auch bei beweglichen Sachen besteht ein von Formalien unabhängiger ausgedehnter Schutz des gutgläubigen Erwerbers[35]). Aus diesem Grunde ist auch die Frage berechtigt, ob vielleicht dieser — nicht an Förmlichkeiten gebundene — Gutglaubensschutz einer Ausdehnung auf das Gebiet des Rechtes der öffentlichen beweglichen Sachen fähig ist.

Diese Frage zu bejahen, könnte man bei oberflächlicher Betrachtung leicht geneigt sein. Das in § 936 BGB. genannte „Recht eines Dritten" könnte zunächst auch das „Recht" jedes Gemeinschaftsmitgliedes auf Gemeingebrauch oder Fortbestehen der Sache im öffentlichen oder kirchlichen Dienste sein, oder aber — sollte man Einzelrechte dieser Art wohlbedacht ablehnen — die aus diesen vielen nebeneinander bestehenden „Rechten" gebildete Einheitsvorstellung eines „Rechtes auf Gemeingebrauch" an der in Frage stehenden beweglichen öffentlichen Sache[36]). Dies wäre indessen eine privatrechtliche Konstruktion öffentlich-rechtlicher Beziehungen[37]). Der auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Gemeingebrauch, das Im-öffentlichen-Dienst-Stehen einer Sache verleiht niemandem ein subjektives Recht auf die Aufrechterhaltung eines bestimmten Zustandes dieser Art[38]). Vielmehr kann der Einzelne auf diese Weise höchstens reflexweise[39]) die Befugnis zu einem bestimmten, durch obrigkeitliche Anordnung mehr (so beim öffentlichen Dienste) oder

---

[35]) wenngleich auch in gewissem Sinne nicht so weit greifend wie bei Grundstücken insofern, als grobe Fahrlässigkeit beim Erwerb von beweglichen Sachen, nicht aber beim Immobiliarverkehr den guten Glauben des Erwerbers auszuschließen vermag.

[36]) oder aber eines „Rechtes" im allgemeinsten Sinne darauf, daß wie bisher die betreffende Sache auch in Zukunft dem öffentlichen Dienste gewidmet bleibe.

[37]) Allerdings soll auch nicht verkannt werden, daß die Grenzziehung zwischen den Fällen, in denen ein „Recht" tatsächlich vorliegt und denen, wo dies nicht zutrifft, eine äußerst flüssige, ungenaue und schwer ziehbare ist. Dies hat nun zwar für die beweglichen öffentlichen Sachen wenig Bedeutung, wirkt sich aber bei unbeweglichen öffentlichen Sachen immer wieder aus. Das Fahren mit Kraftwagen auf der Straße, notfalls sogar die Aufstellung einer Tankstelle ist noch Gemeingebrauch, bedeutet mithin nach dem im Text Gesagten noch nicht Ausübung eines Rechtes. Das Fahren mit einer elektrischen Straßenbahn dagegen überschreitet bereits diese Grenz, bedarf daher der Konzessionierung und ist mithin mit der Verleihung eines Rechtes verbunden. Dem unbefangenen Betrachter jedenfalls muß sich die genannte Grenze allzuleicht verwischen. Jedoch soll damit keineswegs dem im Text Gesagten widersprochen werden; theoretisch sind Ausübung des Gemeingebrauches und Nutzung einer öffentlichen Sache auf Grund einer Konzession scharf zu scheiden.

[38]) Friedrichs, ArchÖffR. 40, 330; Loomann 26; etwas unentschieden: Apelt 109, wo er fast „ein allgemeines Staatsbürgerrecht" als Recht des Einzelnen bejahen möchte, gegen 101; nicht unbedingt, aber im Gesamtergebnis doch zustimmend Schelcher, Öff. Weg, 84/5; zustimmend für die res sacrae Tretzel 769; ebenfalls Rietzler bei Staudinger Vorbem. VII, 2, c vor § 90; abweichend Tezner, ArchÖffR. 9, 380/1, der tatsächlich einen Anspruch des Einzelnen gegen den Staat und die Gemeinde auf ein publizistisches Nutzungsrecht an derartigen öffentlichen Sachen konstruiert.

[39]) hiergegen zu Unrecht Kempke 48.

minder (so beim Gemeingebrauch) beschränkbaren Tätigwerden an oder mit diesen Sachen erlangen. Die öffentliche Sache ist nicht mit vielen Rechten einzelner Personen belastet, sondern was das an der Sache bestehende, an sich freie Eigentum beschränkt[40]), ist die ihr kraft öffentlichen Rechtes auferlegte Zweckbestimmung[41]). Sie läßt dieses privatrechtliche Eigentum sich nur in dem durch die öffentlich-rechtlichen Normen bestimmten Umfange entfalten. Die aus diesem Rechtszustande fließenden Reflexrechte sind keine Rechte an der Sache. Sie sind nur eine „Betätigung der natürlichen Freiheit"[42]), demnach Befugnisse, die den Einzelnen grundsätzlich mit dem Eigentümer der Sache in keinerlei rechtliche Beziehungen bringen können und sollen. Damit wird allerdings nicht die Unmöglichkeit solcher Beziehungen, etwa zwischen dem Benutzer der öffentlichen Sache und deren Eigentümer, behauptet. Es ist durchaus denkbar, daß zwischen den genannten Personen ein besonderer Vertrag, etwa über eine Sondernutzung an der öffentlichen Sache, geschlossen wird. Indessen entspricht Derartiges dem Wesen der öffentlichen Sache als solcher nicht. Der Idee der öffentlichen Sache wird allein die Rechtslage gerecht, daß als außerprivatrechtlich „Berechtigter" dem Eigentümer der öffentlichen Sache gegenüber der Staat kraft seines „imperium" auftritt, vertreten z. B. durch seine Wegepolizeibehörden[43]). Grundsätzlich — von Sonderabreden ist hier abzusehen — tritt der einzelne Benutzer nicht in Erscheinung. Er kann daher von dem Eigentümer nicht verlangen, daß dieser Beeinträchtigungen des Zustandes, wie ihn der Gemeingebrauch oder der sonstige öffentliche Dienst fordert, unterlasse. Der Gemeingebrauch ist eine auf dem Eigentume im Interesse der Allgemeinheit ruhende Last, nicht aber ein dingliches Recht an fremder Sache[44]). Was jenseits der Grenze desjenigen Gebietes liegt, welches dem Eigentümer der öffentlichen Sache trotz deren besonderer — öffentlich-rechtlicher — Zweckbestimmung geblieben ist, bleibt demnach in vollem Umfange dem öffentlichen Rechte unterworfen. Dieser Kreis von Rechtsbeziehungen kann nicht im Wege der Analogie zu privatrechtlichen Gedanken[45]) dem öffentlichen Rechte entzogen werden. Hiernach ist

---

[40]) darüber, daß nach deutschrechtlicher Eigentumsauffassung eigentlich nicht von einer Beschränkung gesprochen werden kann, sondern die Schranke als solche Eigentumsinhalt ist, s. oben S. 11 f.

[41]) Lassar 40; PrOVG. 80, 253.

[42]) O. Mayer, VR., Bd. II, 116.

[43]) „die Allgemeinheit als solche": Theobald 54.

[44]) Steinbach 164.

[45]) Derartige Ausdehnungen bürgerlich-rechtlicher Normen in das Gebiet des öffentlichen Rechtes hinein, insbesondere des Verwaltungsrechtes, sind stets nur mit äußerster Vorsicht anzuerkennen; s. insbesondere Jellinek, VR., 241 und, sehr scharf, Hofacker, Strafrechtsreform, 89/90; vgl. auch Unger 114; daß das hier Gesagte zu bemerken nicht überflüssig ist, beweisen die Ausführungen von v. Gehe, 157/8, der sogar eine recht weit gehende Analogie befürwortet, allerdings mit dieser Ansicht auch allein steht.

§ 936 BGB. auf die mit der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache zusammenhängenden Rechtsverhältnisse nicht anwendbar[46]).

§ 5.

Ferner spricht gegen einen derartigen Untergang der Öffentlichkeitsqualität der Sache, daß man bei Betrachtung jedweder Rechtsentwicklung erkennen wird, daß der Gemeingebrauch[47]) in jedem Falle die Vorstufe des privaten Eigentums gewesen ist, nicht aber umgekehrt der Gemeingebrauch das Eigentum verdrängt hat[48]). Diese im Rechtsleben der Völker immer wieder auftretende Entwicklung kennen wir aus der germanischen Rechtsgeschichte genau. Insbesondere gilt das für Grundstücke. Am gesamten Grund und Boden kennt das germanische Recht beim Eintritt der Germanen in die Geschichte kein Sondereigentum[49]). Wie in der vorgeschichtlichen Zeit gibt es nur ein kollektives Genossenschaftseigentum sozialer Gruppen. Während hieraus dann in der geschichtlichen Zeit die Agrargemeinschaft der Markgenossenschaft wird, entsteht das erste Individualeigen, und zwar zunächst an Haus und Hof. Indessen ist auch dieses Sondereigen noch keineswegs von allen sozialen Bindungen befreit. Es vergeht dann noch erhebliche Zeit, während derer im Interesse der Viehzucht an der Agrargemeinschaft am Kulturlande festgehalten wird, bis das erste Individualeigen am Ackerland entsteht. Es ist dies etwa nach Abschluß der Völkerwanderung, als auf die Dauer berechnete feste Ansiedlungen in größerer Zahl angelegt werden. Während auf diese Weise Stück für Stück vom bisherigen Kollektiveigentum sich loslösen und — wenn auch noch durch den Flurzwang u. ä. sehr gebundenes — Sondereigen bilden, bleibt das bisherige markgenossenschaftliche Gesamteigentum an Weide, Wald und Wasser, d. h. an der Allmende, bestehen. An ihr hat der Dorfgenosse nur das Recht zur Nutzung durch Jagd, Viehzucht und Holzung. Ein Eigentumsrecht steht ihm daran jedoch nicht zu. In dieser Gestalt hat sich dann auch das ursprüngliche markgenossenschaftliche Gesamteigentum sehr lange erhalten. Erst der im 19. Jahrhundert vorgenommenen „Gemeinheitsteilung" blieb es vorbehalten, dieses Gesamteigentum in Individualeigen aufzulösen und zu zerteilen.

---

[46]) Was hier bezüglich des § 936 BGB. gesagt worden ist, gilt für den Fall, daß jemand durch Fund das Eigentum an einer öffentlichen Sache erwirbt, in gleicher Weise für den § 973, Absatz I, Satz 2 BGB.

[47]) hier zugleich auch im Sinne eines besonders gesteigerten und verallgemeinerten öffentlichen Dienstes der Sache.

[48]) Steinbach 164. S. hierzu auch die oben S. 11 f. gemachten Ausführungen über die dem Eigentum nach deutschrechtlicher Auffassung immanente Schwäche gegenüber den Ansprüchen der Allgemeinheit.

[49]) S. hierzu Planitz 29/30, 39, 43; Rehme 324; Hübner 132, 242; Schwerin, Privatrecht, 106 und Rechtsgeschichte, 13/4, 39; Wolff (Martin), SR., § 110, II; und § 108, Anm. 23; Ernst 2 ff.; Graf-Dietherr 69/70, 131; Jellinek, VR., 505.

Bezüglich des Fahrniseigentums ist trotz seines individualistischen Grundzuges[50]) wegen der bei ihm noch in geschichtlicher Zeit feststellbaren Bindungen die Entwicklung höchst wahrscheinlich eine vollkommen gleiche gewesen. Nur liegt diese Entwicklung völlig unerkennbar in vorgeschichtlicher Zeit. Schneller als bei dem Grund und Boden ist wegen der Beweglichkeit der Mobilien, vielleicht auch wegen ihres meist geringeren Wertes das Eigentum des Einzelnen an die Stelle des Gemeingebrauches getreten. Dies sind jedoch im großen und ganzen nur Vermutungen. Jedenfalls haben wir in den Anfängen der geschichtlichen Zeit an Fahrnis ein Sondereigentum als volles Sachherrschaftsrecht[51]). Allerdings ist dieses Sondereigen zunächst nur an Gegenständen des persönlichen Gebrauches, vornehmlich Kleidern und Waffen, voll ausgeprägt, und zwar deshalb, weil diese Gegenstände dem Eigentümer ins Totenreich folgten, mithin nicht vererbbar waren. Die übrige Fahrhabe dagegen, insbesondere das Vieh und die Arbeitsgeräte, steht noch in geschichtlicher Zeit nicht im Sondereigentum eines Einzelnen, sondern ist zugunsten der Hausgemeinschaft gebunden. Erst im Mittelalter verschwindet auch diese Bindung. Zu dieser Zeit gehen dann auch Vieh und Arbeitsgeräte in Sondereigentum über, und erst damit gewinnt der Eigentümer die volle Einwirkungs- und Verfügungsfreiheit über seine Sache.

Für die zu untersuchende Frage ergibt sich aus diesen Darlegungen, daß der Gemeingebrauch — zumindest bei Grundstücken als öffentlichen Sachen — nur eine im Interesse der Allgemeinheit auf dem Privateigentume an der öffentlichen Sache ruhende „Last" ist[52]), aber kein dingliches Recht an fremder Sache in der Hand jedes Einzelnen darstellt. Einer solchen im öffentlichen Rechte gegründeten „Belastung" vermag auch hiernach der auf privatrechtlichen Grundsätzen in seiner Wirkung beruhende gute Glaube eines Erwerbers des Eigentums an der öffentlichen Sache nichts anzuhaben.

§ 6.

Schließlich mag zur Bekräftigung dieser Ansicht — nunmehr im Besonderen hinsichtlich der beweglichen öffentlichen Sachen — auf die systematische Stellung des hier in Betracht kommenden § 936 BGB.[53]) hingewiesen werden. Dieser Rechtssatz, den jeder gutgläubige Erwerber zu seinen Gunsten gegen das Fortbestehen der Öffentlichkeit der erlangten Sache anführen wird, steht in dem Titel des Bürgerlichen Gesetzbuches über „Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen". Dies bestätigt, was auch ohne einen solchen Hinweis sofort zu erkennen wäre: Bei der Erörterung des Er-

[50]) S. hierzu Planitz 39, 76; Schwerin, Privatrecht, 106; Hübner 435.
[51]) Die Spaltung in Fahrnis- und Liegenschaftseigen geht auf die ältesten Zeiten zurück; s. dazu Planitz 39.
[52]) S. dazu oben S. 11 f.
[53]) der oben S. 28 ff. bereits besprochen worden ist.

werbes des lastenfreien (privatrechtlichen) Eigentums durch Gutgläubigkeit des Erwerbers handelt es sich nur um eine eigentumsrechtliche Frage. Geht es doch allein darum, ob das erworbene Eigentum als mehr oder weniger beschränktes erlangt worden ist. Die Frage nach der Belastung des Eigentums ist demnach in diesem Zusammenhange eine Frage nach dem Umfange des erlangten Eigentums selbst. Wenn nun aber bei einer öffentlichen Sache die Frage des privatrechtlichen Eigentums überhaupt nur bis an die Grenze der Zweckbestimmung der Sache zu erörtern ist, so ist die Frage nach der Möglichkeit des Unterganges der öffentlich-rechtlichen Sonderstellung der gutgläubig erworbenen öffentlichen Sache nicht mehr nach den Regeln bestimmbar, die für das hier bereits verlassene Gebiet des privatrechtlichen Eigentums gelten. § 936 BGB. hat in diesem Zusammenhange keine Geltung mehr. Denn hier wird nicht mehr danach gefragt, inwieweit überhaupt Eigentum erlangt worden ist, sondern vielmehr, ob die besondere Stellung einer öffentlichen Sache ihr durch den Eigentumsübergang verloren gegangen ist. Über das möglicherweise bereits eingetretene Ende der in Frage stehenden Zweckbestimmung der öffentlichen Sache müssen also diejenigen Normen entscheiden, die unbestreitbar für das Entstehen, Fortbestehen und den Untergang der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen maßgebend sind. Dies sind aber die Regeln des öffentlichen Rechts. Das öffentliche Recht kennt nun eine dem § 936 BGB. ähnliche oder entsprechende Bestimmung nicht. Es ist dies sicherlich nicht nur eine Folge des Normenmangels des öffentlichen Rechtes. Vielmehr stellt es den Ausdruck des Gedankens dar, daß es notwendig ist, die Allgemeinheitsinteressen gegenüber der nur nach den Normen des Privatrechtes gewisse Wirkungen ausübenden Gutgläubigkeit des Erwerbers der Sache zu wahren. Da aber außerdem im Wege der Analogie der Grundgedanke des § 936 BGB. nicht ins öffentliche Recht übertragen werden kann, ergibt sich auch hieraus, daß der beweglichen öffentlichen Sache ihre besondere Qualität als solche durch gutgläubigen Eigentumserwerb an ihr nicht genommen werden kann.

§ 7.

Noch andere, zum gleichen Ergebnisse führende Beweise sind vorgeschlagen worden. In fast allen Abhandlungen, die sich mit den Rechtsverhältnissen der öffentlichen Sachen befassen, betont man, wenn auch in verschiedener Form, so doch dem Inhalte nach vollkommen übereinstimmend, daß der Herrschaftsbereich des Privatrechtes an der öffentlichen Sache da enden müsse, wo die Anwendung der Privatrechtssätze die öffentliche Zweckbestimmung der Sache vereiteln würde[54]). Damit glaubt man in den meisten Fällen die Gestaltung

[54]) Zitiert seien hierzu statt vieler nur als besonders charakteristisch für diese Lehre: Fleiner, VR., 358; Gierke 22; Wilhelm 609; dazu be-

der Rechtsbeziehungen an der öffentlichen Sache vollkommen klargestellt zu haben und weitere Erörterungen über diese öffentlichrechtliche „Last"[55]) auf dem privaten Eigentume nicht nötig zu haben. Nun ist sicherlich dem in diesen Sätzen Gebotenen zu entnehmen, daß der Untergang der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen durch den gutgläubigen Erwerb nicht herbeigeführt werden kann. Denn — um dem hier besprochenen, wenn auch damit nicht etwa anerkannten Gedankengang zu folgen — wollte jemand das Gegenteil behaupten, so würde er damit zugleich die Behauptung aufstellen, das neuerworbene Eigentum reiche über die bisher an der betreffenden Sache bestehende Grenze zwischen privatrechtlichem Eigentumsbereich und dem Bereich der öffentlichen Zweckbestimmung weit hinaus, habe möglicherweise sogar den gesamten öffentlichrechtlichen Zweckbestimmungsbereich in sich aufgenommen. Das — so müßte ein Vertreter der hier besprochenen Ansichten fortfahren — sei aber rechtlich unmöglich. Ein so weit gehendes Eigentum habe wegen des Vorliegens einer öffentlichen Sachstandschaft nicht entstehen können.

Dieser Beweis ist nicht stichhaltig. Das zeigt allein die Tatsache, daß man gelegentlich bei sonstiger Zustimmung zu den hier besprochenen Ansichten behauptet hat[56]), auch ein privatrechtlicher Rechtserwerb, der die zur öffentlichen Zweckbestimmung hin gezogene Grenze überschreitet, sei ungeachtet dieser Grenzüberschreitung wirksam, nur könnten solche der Zweckbestimmung der öffentlichen Sachen widersprechenden — privatrechtlichen — Rechte nicht ausgeübt werden. Das mag man Spitzfindigkeit nennen. Man kann aber auch eine derartige Folgerung nicht als falsch bezeichnen, denn sie erreicht auf tatsächlichem Gebiete das Gleiche wie die andere allgemein vertretene Theorie, die derartige Privatrechte an der öffentlichen Sache erst nicht entstehen lassen will. Hier wie dort können der Zweckbestimmung der Sache widersprechende Rechte nicht zur Anwendung kommen. Außerdem stehen beide Ansichten mit dem Gedanken der „Elastizität des Eigentums" vollkommen im Einklang.

Das hier als Beweis Vorgetragene enthält in Wahrheit einen solchen aber nicht. Gewiß klingt ein Satz wie: „Das Privatrecht

---

sonders auch Gierke 34; RGZ. 125, 111; für die res sacrae: Tretzel 714; dazu, daß eine bloße Beeinträchtigung des öffentlichen Zweckes noch nicht genügt, um das Privatrecht auszuschließen, s. PrOVG. 78, 293. Als Gegner dieser „Theorie" seien genannt: Schelcher, Öff. Weg, 53, Anm. 49; Schmidt-Grimma 47.

[55]) Wenn hier die Öffentlichkeit einer Sache wiederum als „Belastung" der Sache bezeichnet wird, so ist dies eine ungenaue Ausdrucksweise. An sich kommt hier, wie bereits mehrfach betont wurde, nur die beschränkte Entfaltungsfähigkeit des privatrechtlichen Eigentums gegenüber dem öffentlichen Rechte zum Ausdruck. Öffentliches Recht bestimmt, in welchem Umfange von einem privatrechtlichen Eigentum gesprochen werden darf (s. Schelcher, Öff. Weg, 52).

[56]) Seydel bei Germershausen 96; die a.a.O. 95 für das Eigentum gemachte Ausnahme wäre noch zu belegen; ähnlich Gierke 24, auch Anm. 15.

über öffentliche Sachen hört an dem Punkte auf, an dem der öffentliche Dienst der Sache beginnt" sehr überzeugend[57]). Betrachtet man diese „Lösung" genauer, so zeigt sich bald, daß diese Sätze nichts weiter sind als auf einen kurzen Nenner gebrachte, kurz formulierte Begriffsbestimmungen und Charakteristiken des Wesens der öffentlichen Sachen. Man sagt damit nur (was hier bereits oben gezeigt worden war[58]), daß an der öffentlichen Sache eine Zwiefältigkeit der Rechtsbeziehungen besteht, daß erst ein Zusammenklang von privatrechtlichem Eigentum und öffentlich-rechtlicher Zweckbestimmung als im Werte grundsätzlich gleichgeordneter Merkmale das Wesen der öffentlichen Sache ausmacht. Man stellt mit anderen Worten hier nur fest, daß zwei Kreise von Rechtsbeziehungen an der öffentlichen Sache bestehen, daß mithin für jede öffentliche Sache das (auch bei der Zwangsvollstreckung in öffentliche Sachen wiederkehrende) Verbot der Zweckentfremdung besteht. Wo nun aber die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Rechte an der öffentlichen Sache verläuft und warum sie aus Rechtsgründen hier und nicht anderswo zu ziehen ist, von welchem Augenblick an von einer durch rechtliche oder tatsächliche Akte geschehenden Zweckentfremdung der öffentlichen Sache gesprochen werden kann, vermag diese Lehre nicht zu bestimmen. Würde man sie auf eine Untersuchung wie die vorliegende ohne weiteres anwenden wollen, so müßte man damit zugleich anerkennen, daß sich die an der öffentlichen Sache bestehende Grenze zwischen ihren privatrechtlichen Beziehungen und ihrer öffentlichen Zweckbestimmung tagtäglich verschieben kann und auch tatsächlich verschiebt. Je nach der verschiedenen Intensität der Benutzung der öffentlichen Sache an dem betreffenden Tage wäre sie bald hier, bald dort zu ziehen. In jedem Falle wäre dennoch der Bedingung Genüge geleistet, daß das privatrechtliche Eigentum, das sich dabei von Tag zu Tag in seinem Umfange ändern würde, die öffentliche Zweckbestimmung der Sache nicht stören dürfe. Einen festen Maßstab würde man also hier niemals erreichen können, eine feste Begriffsbildung wäre ausgeschlossen[59]). In tatsächlicher Hinsicht wäre dann aber z. B. folgendem Gedankengange nicht zu widersprechen: An dem Tage, an welchem der hier besprochene Eigentumserwerb an der öffentlichen Sache zustandegekommen sein mag, war zweifellos das Maß des Dienens der Sache für den öffentlichen Zweck sehr gering. Andernfalls hätte Gutgläubigkeit des Erwerbenden hinsichtlich der Öffentlichkeitsqualität der Sache nicht bestehen können. Der Erwerber glaubte etwa, zwar einen Weg vor sich zu haben. Er nahm aber wegen des äußerst geringen Verkehrs an, ein

---

[57]) Fleiner, VR., 358.

[58]) S. oben S. 11 f.

[59]) Das wendet sich nicht etwa gegen die anzuerkennende Tatsache (s. RGZ. 123, 190), daß die Grenzen des Gemeingebrauchs sich je nach den Umständen verschieben können; das bedeutet aber stets nur einen allmählichen, nicht einen tagtäglichen Wechsel!

Grundstück zu erwerben, über das lediglich ein Privatweg, ein nur tatsächlich (nicht auch rechtlich) öffentlicher Weg[60]) führte. Dann wäre er nach seinem Belieben jederzeit in der Lage gewesen, als Eigentümer dem Grundstück seine Wegeeigenschaft durch einfache Sperrung für die Zukunft zu entziehen. Aus den hier besprochenen, allgemein vertretenen Grundsätzen über die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache ergäbe sich demnach, daß der Erwerber wegen der besonderen Verhältnisse dieses Tages, d. h. wegen der an diesem Tage nur wenig hervortretenden Zweckbestimmung der öffentlichen Sache ein besonders weites und volles Eigentum erlangt hätte. Weiter wäre allerdings aus dieser allgemeinen Lehre nichts zu entnehmen. Es könnte aber danach nicht bestritten werden, daß an dem Erwerbstage das weit ausgedehnte Eigentum der Zweckbestimmung des Weges tatsächlich nicht hinderlich war. Jede rechtliche Erörterung für die Zukunft wäre nun damit beendet, wenn die Dienstleistung der Sache gegenüber der Öffentlichkeit, der Grad der von ihr erfüllten Zweckbestimmung für die Zukunft stets den geringen Umfang einnähme, den er am Tage des Eigentumserwerbs an der Sache gehabt hat. Indessen kann und wird sich das Maß der Benutzung schnell ändern. Der Weg wird möglicherweise später immer lebhafter benutzt. Der gutgläubige Eigentumserwerber will diesen regeren Verkehr über sein Grundstück nicht mehr dulden und sperrt aus diesem Grunde den — wie er annimmt — Privatweg gegen jede weitere Benutzung ab. Nunmehr wird ihm entgegengehalten, der Weg sei ein öffentlicher und sein Eigentum erstrecke sich trotz seines guten Glaubens in diesem Punkte daran nicht mehr so weit, daß er die Sperrung des Weges vorzunehmen berechtigt sei. Damit tritt dann eine neue Frage an die Stelle der angeblich bereits gelösten: Muß nunmehr bei größerer Intensität der Zweckverfolgung an der öffentlichen Sache das Eigentum hinter seinen beim Übergang an den jetzigen Rechtsinhaber erlangten (weiteren) Umfang zurückweichen? Die Lehre von der „Elastizität des Eigentums" gibt hierauf keine Antwort; sie sagt nur, daß das Eigentum zurückweichen könnte, nicht aber auch, daß es das gegebenenfalls tun muß. Auch die besprochenen Grundsätze allgemeiner Art können hier nicht helfen, müßten sie doch fast zur Verneinung der eben entstandenen Frage führen. Denn das Eigentum wird ohne Verstoß gegen die Zweckbestimmung der Sache in vollerem Umfange erworben. Welches ist der Grund dafür, daß es erneut hinter diesen einmal erzielten Umfang zurückweichen muß? Möge doch — einen solchen Einwand des betroffenen Eigentümers könnte man sich denken — die Zweckbestimmung nur in ihrem alten, geringeren Umfange auch zukünftig weiterbestehen, bei dem sie durch das weiter ausgedehnte privatrechtliche Eigentum — wie am Erwerbstage — nicht behindert wird. Welch ein circulus vitiosus! Fast könnte man der bereits darge-

[60]) Über den Unterschied s. oben S. 9, Anm. 16.

stellten[61]) gegnerischen Ansicht zustimmen, die vielleicht[62]) folgern würde: Das Eigentum besteht in seinem vollen Umfange, nur ist es in dem vom Eigentümer verlangten weiten Maße nicht der Ausübung fähig. Die Sätze, die die hier aufgestellte Grundfrage beantwortet zu haben behaupteten, können auf diese neue entstandene Frage[63]) keine Antwort geben. Eine genaue Betrachtung des sich hierbei neu ergebenden Problems läßt indessen bald erkennen, daß in Wahrheit die alte Grundfrage nach der Grenzziehung zwischen öffentlichen und privaten Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache uns hier von neuem, wenn auch in anderer Form, entgegentritt. Die genannten allgemeinen Grundsätze haben eine Lösung dieser ursprünglichen Frage nicht bieten können. Sie stellen vielmehr, wenn man ihnen folgt, an die Stelle des alten Problems nur ein neues, gleich schwer zu lösendes. Das Reichsgericht[64]) hat gelegentlich eines tatsächlichen Vorkommnisses in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre dahin entschieden, daß das Eigentum an einer Kirche durch Übertragung erworben werden könne. Es hat dann aber hinzugefügt, daß der neue Eigentümer verpflichtet sei, trotz seiner Unkenntnis von der öffentlichen Eigenschaft der Kirche[65]) die Kirchenschlüssel an die Kirchengemeinde herauszugeben. Damit hatte das Reichsgericht eine weitere ungestörte Kultusausübung ermöglichen wollen und um dessentwillen auch gegenüber dem gutgläubigen Eigentumserwerber die Eigenschaft der Sache als einer kirchlichen fortbestehen lassen. Das Reichsgericht hat das richtige Ergebnis getroffen. Es sucht aber dieses Urteil im großen und ganzen nur mit den Sätzen zu begründen, die hier wegen ihrer Unzulänglichkeit als Beweismittel abgelehnt werden mußten. So mangelt es diesem Urteil an einer wirklich unangreifbaren rechtlichen Fundierung. Nur gefühlsmäßig hat das Reichsgericht eine Grenzziehung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen an der Sache vorgenommen. Eine solche „Beweisführung" kann aber nicht dafür ins Feld geführt werden, daß auch der gutgläubige Erwerber die Öffentlichkeit der Sache gegen sich gelten lassen müsse; ein Beweis liegt in Wahrheit nicht vor.

§ 8.

Ähnlichen, aber wesentlich beweiskräftigeren Gedankengängen[66]) kann indessen folgendes entnommen werden: Die Zweckbestimmung

---

[61]) S. oben S. 34.

[62]) Die Ausprägung dieser Ansicht ist nicht eine derart scharfe, daß man dies mit Bestimmtheit behaupten kann; was sie von sonstigen dinglichen Rechten an der Sache fest behauptet, verneint sie vielleicht beim Eigentum.

[63]) S. oben S. 36.

[64]) S. RGZ. 32, 217 ff.

[65]) Der Erwerber hatte angenommen, es handele sich um eine Privatkapelle, war also gutgläubig in dem in der vorliegenden Untersuchung vorausgesetzten Sinne.

[66]) S. hierzu vorläufig nur: Oßwald 35.

einer Sache zur öffentlichen geschieht durch bestimmte, durch Rechtsordnung oder Gewohnheitsrecht vorgesehene und im allgemeinen an bestimmte Formen gebundene Handlungen. Sie sind sämtlich wesensbestimmt durch die neben anderen Bestandteilen hervorragende Mitwirkung von Staat, Gemeinde oder einr anderen (gegebenenfalls auch kirchlichen) Körperschaft des öffentlichen Rechtes. Die mit der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache zusammenhängenden Rechtsfragen sind deshalb solche des öffentlichen Rechtes. Das ergibt sich aus den hier angegebenen und anderen bereits besprochenen[67]) Gründen. Es gilt aber nun der stets allgemein anerkannte Satz, daß derartige öffentlich-rechtliche Beziehungen durch die Laune oder Willkür einer Privatperson nicht bestimmt werden, ja überhaupt nicht von ihrem Willen abhängig sein können, da sonst durch derartige Eingriffe nicht-öffentlich-rechtlicher Gewalten allzu leicht eine Gefährdung des öffentlichen Interesses hervorgerufen werden könnte[68]). Deshalb wird auch im hier untersuchten Falle ein privatrechtlicher Akt die öffentlich-rechtliche Natur öffentlicher Sachen nicht zerstören können, denn es gilt: publicum ius privatorum pactis mutari nequit. Der Eigentümer einer öffentlichen Sache kann über diese in rechtlicher sowie tatsächlicher Hinsicht vermittels privatrechtlicher Akte zwar frei verfügen. Seine Willensentschließung kann aber nach dem eben Gesagten niemals die auf öffentlichem Rechte beruhende Zweckbestimmung der öffentlichen Sache beeinflussen. Nun ist allerdings der gute Glaube des Eigentumerwerbers[69]) sicher keine eigens auf die Vernichtung der Öffentlichkeit der Sache abzielende privatrechtliche Handlung. Insofern scheint uns der genannte Grundsatz für die Lösung des Problems wenig geben zu können. Er zeigt aber doch vor allem, daß es stets auf die reinliche Scheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte bei derart gemischten Rechtsverhältnissen wie den an der öffentlichen Sache bestehenden ankommt. Wenn auch der gute Glaube des Erwerbers kein privatrechtliches „pactum" ist, so ist doch der Gutglaubensschutz als solcher nach den obigen Darlegungen eine nur dem Privatrechte angehörende Institution. Daß ein solches Rechtsgebilde aber im öffentlichen Rechte keinen Anspruch auf Geltung hat, bedarf nach dem bisher Gesagten und auch mit Rücksicht auf den hier genannten Grundsatz keines Beweises mehr. Auch hiernach ergibt sich also, daß der gute Glaube des Eigentumserwerbers gegenüber der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung der Sache wirkungslos bleiben muß[70]).

[67]) S. oben S. 26.

[68]) S. hierzu RGZ. 31, 220.

[69]) Nur darauf kann abgestellt werden, da dieser gute Glaube allein für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung ist, wie bereits einleitend S. 21 f. festgestellt wurde; daß der Eigentumsübergang als solcher — auch ein privatrechtlicher Akt — keinen Einfluß auf das öffentlich-rechtliche Schicksal der öffentlichen Sache hat, braucht hier nicht wiederholt zu werden.

[70]) S. hierzu im Besonderen Wilhelm 609.

Entsprechend diesen Erwägungen hat man in Theorie und Praxis stets darauf hingewiesen, daß nicht das Ermessen des Grundeigentümers beispielsweise über die Außerdienststellung eines öffentlichen Weges entscheidet. Man hat immer wieder betont, daß eine aus irgendwelchen Gründen notwendige Entwidmung der bisher öffentlichen Sache nur herbeigeführt werden könne unter Mitwirkung derjenigen Stelle der öffentlichen Gewalt, die die im Einzelfalle in Frage stehenden Interessen der Allgemeinheit zu vertreten hat, also etwa bei der Außerdienststellung eines öffentlichen Weges der Wegepolizeibehörde[71]). Zur Begründung einer derartigen Ansicht genügt aber, was den öffentlichen Weg angeht, nicht allein eine Bezugnahme auf § 57 des preußischen Zuständigkeitsgesetzes vom 1. 8. 1883. Denn durch § 57 aaO. wird nur zum Ausdruck gebracht, daß es eine öffentlich-rechtliche (verwaltungsrechtliche) Norm gibt, die die Mitwirkung der Wegepolizeibehörde bei der Außerdienststellung eines bisher öffentlichen Weges verlangt. Damit ist indessen noch nichts darüber gesagt, welches das Verhältnis dieser Norm zu dem privatrechtlichen Institute des guten Glaubens ist: Das bleibt trotz § 57 des Zuständigkeitsgesetzes noch immer zu untersuchen. Denn diese Vorschrift befaßt sich nicht mit irgendwelchen Sonderfällen. Sie bestimmt nur, daß, wenn eine ordnungsmäßige Außerdienststellung stattfindet, die Wegepolizeibehörde dabei leitend mitzuwirken hat. Indessen ist gerade dieser — hiernach noch ausstehende endgültige — Beweis für die Unanwendbarkeit des Gutglaubensschutzes gegenüber der Öffentlichkeit eines Weges insofern erleichtert, als beim Wege in der sogenannten „Widmung" eine besondere Form der Indienststellung vorliegt. In diesem öffentlich-rechtlichen Akt ganz besonderer Prägung tritt deutlich zutage, wie erhaben die öffentlich-rechtliche Bestimmung des Weges, dem Nutzen der Allgemeinheit zu dienen, gegenüber irgendwelchen, ihre Beschränkung versuchenden privatrechtlichen Vorschriften und Handlungen ist. Schon in dem Indienststellungsakte als solchem zeigt sich dies deutlich genug. Es handelt sich bei dieser Indienststellung des öffentlichen Weges jedoch nur darum, das als einziges widerstreitende Recht des Eigentümers von Grund und Boden in Einklang zu bringen mit der fortan das rechtliche Schicksal des Grundstücks bestimmenden Widmung für einen öffentlichen Zweck. Um wievielmehr muß dann die besondere öffentlich-rechtliche Form gewahrt sein bei der Außerdienststellung des öffentlichen Weges. Denn hierbei würden die Belange vieler mittelbar oder unmittelbar beteiligter Personen, ja schließlich sogar die Interessen der Allgemeinheit insgesamt betroffen werden für den Fall, daß es

[71]) Fleiner, VR., 367; PrOVG. 78, 292 f.; PrOVG. 15, 325/6; PrOVG. 9, 218; besonders eindeutig: PrOVG. 12, 294; Nottebohm 697; Friedrichs, GrucBeitr. 64, 680; Lassar 37; Holstein 93; Maunz 298; PrOVG. 76, 378: „Dann kann er (sc. der öffentliche Weg) nur durch ein förmliches Einziehungsverfahren diese Eigenschaft verlieren . . ."

zu einem — vielleicht nur augenblicklich gerechtfertigten — Wegfall der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache kommen sollte. Gerade in diesem Zusammenhange ist daher die nur durch Normen des öffentlichen Rechtes bestimmte besondere Form der Außerdienststellung das einzig Denkbare[72]). Nur auf diese Weise und nur bei Durchführung eines formellen Außerdienststellungsverfahrens ist die Sicherheit der vielen beteiligten und möglicherweise durch eine Außerdienststellung stark benachteiligten Belange gewährleistet. Ein solcher Schutz ist notwendig. Denn es handelt sich um ihrem innersten Wesen nach öffentlich-rechtliche, Allgemeinheitsinteressen berührende Beziehungen, die gegebenenfalls beendet und vernichtet werden sollen. Zudem darf auch mit Recht darauf hingewiesen werden, daß nur bei einer derartigen öffentlich-rechtlich festgelegten, besonderen Form der Außerdienststellung, d. h. bei besonderer Kassierung der bisher öffentlichen Sache (des bisher öffentlichen Weges) die „Parallelität der Formen" gewahrt ist, die wir häufiger noch als im Privatrechte gerade auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes finden[73]). Zum Beweise mag hier als Beispiel auf den das gesamte öffentliche Steuerrecht und auch das Beamtenrecht beherrschenden Formalismus hingewiesen werden[74]).

§ 10.

Die Macht des „Herrn der öffentlichen Sache" über deren Erhaltung und den etwaigen Untergang ihrer Zweckbestimmung[75]) ist in Dauer und Art ihrer Ausübung nach obiger Darlegung allein durch Normen des öffentlichen Rechtes bestimmt. Diese können es nicht dulden, daß Normen rein privatrechtlicher Natur in ihr Gebiet hinein (etwa im Wege der Analogie) ausgedehnt werden. Der öffentlich-rechtliche „Besitz" oder eine öffentlich-rechtliche „Dienstbarkeit" des Staates, der Gemeinde oder einer sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechtes an den öffentlichen Sachen[76]) ist der Einwirkung des Eigentümers entzogen, ganz gleich, wer dieser Eigentümer auch immer sein mag. Das trifft also insbesondere auch auf den infolge einer privatrechtlichen Rechtsnachfolge in das Recht des bisherigen Eigentümers Eintretenden zu.

Hiermit ist aber nicht die gleiche schwankende rechtliche Kon-

---

[72]) S. Gerber, VerwArch. 36, 45.

[73]) Vgl. den allgemeinen Grundsatz von Gerber 45; guter Hinweis auch bei Theobald 59.

[74]) S. hierzu RG. in JW. 1927, 2186; auch PrOVG. in JW. 1934, 3167.

[75]) Das muß von allen öffentlichen Sachen, nicht nur von öffentlichen Wegen gelten, denn der öffentliche Weg als besonders bedeutsame öffentliche Sache gestattet einen solchen Rückschluß auf weniger bedeutsame öffentliche Sachen.

[76]) ein von Otto Mayer für den Fall gebrauchtes Bild, daß das (privatrechtliche) Eigentum sich nicht zugleich mit dem öffentlich-rechtlichen imperium in der Hand der öffentlich-rechtlichen Körperschaft befindet; O. Mayer, VR., Bd. 22, 48/9.

struktion gegeben, wie sie die meistens vertretenen[77]) Thesen über die mehr oder minder starke Beschränkung der Anwendbarkeit der privatrechtlichen Eigentumsnormen an öffentlichen Sachen enthalten. Nach diesen Theorien kann der Umfang der der Sache aufliegenden öffentlich-rechtlichen Beschränkung und Belastung theoretisch von Tag zu Tag sich ändern. Anders hier: Hier liegt der Umfang der Beschränkung des freien Eigentums an der öffentlichen Sache unveränderlich fest. Das privatrechtliche Eigentum reicht bis an die Grenze des Gemeingebrauchs. Dieses Gebiet der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung aber ist nach den prinzipiell festzustellenden, durch die einzelne Sache im allgemeinen, nicht an einem bestimmten Tage befriedigten öffentlichen Bedürfnissen festzulegen und untersteht als solches unveränderlich dem öffentlichen Rechte. Es kann bis zu der allerdings möglichen, aber besonderer Formen bedürfenden Außerdienststellung der öffentlichen Sache durch privatrechtliche Akte nicht eingeengt werden. Die Zweckbestimmung ist eine feststehende öffentlich-rechtliche „Last" auf der öffentlichen Sache[78]). Gegen eine solche aber vermag — wie bereits[79]) bewiesen — der gute Glaube nichts auszurichten.

§ 11.

Es bedarf noch eines weiteren Eingehens auf die öffentliche Sache kat'exochén: den öffentlichen Weg. Dieser gewinnt seine besondere Stellung — wie bereits mehrfach mitgeteilt[80]) — durch „Widmung", d. h. durch übereinstimmende, auf die Schaffung eines öffentlichen Weges gerichtete Erklärungen seitens des Grundeigentümers[81]), der Wegepolizeibehörde und des für die Zukunft Wegebaupflichtigen. Für die vorliegende Untersuchung ist naturgemäß von besonderem Interesse die Zustimmungserklärung des Eigentümers von Grund und Boden, ganz gleich auch, welche Stellung sie im allgemeinen unter der genannten Dreizahl einnehmen mag[82]). Ist diese Widmungserklärung des Grundeigentümers widerruflich? Sollte nämlich diese Frage zu verneinen sein, so ist damit zugleich erwiesen, daß auch ein nur stillschweigend erklärter Widerruf[83]) nicht möglich ist, mithin also auch die Gutgläubigkeit des Erwerbers keinerlei Einfluß auf die

---

[77]) S. oben S. 33 ff.
[78]) S. hierzu S. 34, Anm. 55.
[79]) S. oben S. 25 ff.
[80]) S. oben S. 8/9.
[81]) wobei die Eigentümereinwilligung als Staatsakt auf Unterwerfung anzusprechen sein wird: Holstein 93.
[82]) Schultzenstein, VerwArch. 28, 173: „Es sind . . . die drei Widmungen durchaus gleichartig und gleichwertig."
[83]) als solchen könnte man den Erwerb des Wegegrundstückes in Unkenntnis seiner Eigenschaft als einer öffentlichen Sache oder aber jedenfalls das nachfolgende tatsächliche Verhalten des Erwerbers, das die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung des Weges völlig mißachtet, durchaus auffassen.

öffentliche Eigenschaft des Weges auszuüben vermag. Der einzige Schriftsteller, der sich in Anlehnung an eine auf keinem festen Beweise aufbauende Praxis zu diesem Problem geäußert hat, und auf den sich dann fortan alle übrigen Bearbeiter dieser Frage berufen haben[84]), ist Schultzenstein. Er erklärt ebenfalls ohne Begründung, die Widmungserklärung des Grundeigentümers sei unwiderruflich[85]). Schultzenstein hat allerdings später diesen Standpunkt aufgegeben. Er hat insbesondere für den vorliegenden Fall der Rechtsnachfolge in das Eigentum nunmehr erklärt, unter derartigen besonderen Umständen[86]) könnte die Widmungserklärung des Grundeigentümers gelegentlich widerrufen werden, wenn wohl auch nur unter bestimmten, von ihm allerdings nicht genannten Voraussetzungen[87]). Eine Begründung der beiden sich widersprechenden Ansichten ist nicht vorhanden. Trotzdem darf hier dahin entschieden werden, daß die letztgenannte, den Widerruf der Widmung — wenn auch nur unter gewissen Kautelen — zulassende Ansicht nicht zutreffend ist. Einer Eintragung der durch die Zustimmungserklärung des Eigentümers entstehenden öffentlich-rechtlichen Belastung des Grundstücks im Grundbuche bedarf es allerdings nicht. Eine solche ist auch nicht möglich[88]). Demnach scheint diese Last auf dem Grundstücke zwar zunächst nicht unveränderlich für alle Rechtsnachfolger festgelegt zu sein. Nun ist aber auch hier vor allem anderen bei der Feststellung der Auswirkungen seiner Zustimmungserklärung der Wille des widmenden Grundeigentümers zu beachten. Auch für das öffentliche Recht, auch für die Widmung als „publizistisches Rechtsgeschäft"[89]) haben wir die Geltung des Satzes anzuerkennen: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Sinn zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften": § 133 BGB. Dies ist eine der Analogien aus dem bürgerlichen ins öffentliche Recht hinüber, die unbedenklich anzuerkennen ist. Denn man überträgt hier nur einen Rechtsgrundsatz allgemeinster Art[90]). Dabei soll nicht übersehen werden, daß im öffentlichen Rechte eine stärkere Bindung an die Form vorhanden ist als im Privatrechte[91]). Aber auch für das Gebiet des öffentlichen Rechtes ist es unserem Rechtsgefühle eine Selbstverständlichkeit, vor allem auf den Sinn und nicht

[84]) Hier sei nur genannt der ebenfalls kritiklos übernehmende Lassar 78.

[85]) Schultzenstein, DJZ. 1911, 1526; ebenso: Germershausen (3. Auflage) 8 und die dort genannten Entscheidungen: RG. in RuPrVBl. 18, 277; RG. in RuPrVBl. 18, 402; PrOVG. in RuPrVBl. 27, 46; zustimmend auch, aber ohne Beweis PrOVG. in DJZ. 1913, 358; ganz allgemein RG. in JW. 1896, 89.

[86]) d. h. beim Eigentumsübergang an einen hinsichtlich der Öffentlichkeitsqualität der Sache Gutgläubigen.

[87]) Schultzenstein, VerwArch. 28, 175/6 und auch 177 (mit Judikatur).

[88]) S. oben S. 26 ff.

[89]) Kormann, System, 110; daß auf die Widmung als solche öffentliches Recht anzuwenden sei, betont auch Schultzenstein, VerwArch. 28, 175.

[90]) Zustimmend dem Sinne nach Schmidt-Grimma 21 und 55; ebenfalls Leuthold 357; auch Lasally 154 ff.; siehe im übrigen auch oben S. 30, Anm. 45.

[91]) S. zum gesamten Gedanken: Jellinek, VR., 240 bis 242.

nur auf den Wortlaut einer Erklärung zu sehen. Die hiernach zu interpretierende Willenserklärung des Eigentümers ist aber zweifellos darauf gerichtet, ihn grundsätzlich für unbegrenzte Zeit zu binden[92]). Denn eine Widmung auf Zeit wäre in Wahrheit keine Widmung[93]). Durch eine solche zeitlich begrenzte „Widmung" seitens des Eigentümers entstände mithin in Wahrheit auch kein öffentlicher Weg. Es würde sich vielmehr in einem solchen Falle um einen Privatweg handeln, der jederzeit einziehbar sein würde. Denn die hier bei der „Widmung auf Zeit" vorbehaltene Widerrufserklärung des Widmenden wäre, wenn sie erfolgen sollte, in Wahrheit wegen ihrer Auswirkungen nichts anderes als die nur bei einem Privatwege, bei einem nur tatsächlich, nicht auch rechtlich offenem Wege[94]) zulässige und rechtswirksame Einziehungserklärung.

Auch das Preußische Oberverwaltungsgericht hat sich mit dieser grundsätzlichen Frage der Widerruflichkeit der Widmungserklärung des Eigentümers näher befaßt[95]). Es erkennt zwar — dem äußeren Wortlaute der Entscheidung nach — eine besonders vorbehaltene Zurückziehbarkeit der Widmung seitens des Eigentümers an, aber nur bei Erfüllung besonderer, von vornherein festgestellter sehr schwerer Kautelen. Das Preußische Oberverwaltungsgericht fordert nämlich, daß diese zur Ermöglichung der Zurückziehung der Widmung zu erfüllenden Voraussetzungen so aufgestellt sein müssen, daß der Fall, in dem die Zurückziehung der Widmung möglich sein sollte, in praxi kaum vorkommen könnte. Sollte aber der unerwünschte Fall des Widerrufes der Widmungserklärung trotz aller dagegen ergriffenen Vorsichtsmaßregeln doch eintreten, so erscheint dem Preußischen Oberverwaltungsgericht seine eigene — den Widerruf grundsätzlich zulassende — Entscheidung nunmehr nicht vollkommen zutreffend: Für diesen Fall wird der Ausweg angedeutet[96]), daß der Wegepolizeibehörde die Möglichkeit gegeben sein kann, aus allgemein-polizeilichen Rücksichten das Fortbestehen des bisher öffentlichen Weges von dem Privateigentümer trotz seiner Widerrufserklärung zu fordern. Das Fortbestehen des öffentlichen Weges würde dann aber immer noch auf der — wenn auch formell nunmehr zurückgenommenen — Widmung des Grundeigentümers basieren. Denn auch in diesem Augenblicke bestände hinsichtlich der Zurücknahme der Widmung die stets in diesem Zusammenhange zu stellende Frage der „Durchführbarkeit vom Standpunkte des Gemeininteresses"[97]). Hiernach aber ist die Widerrufserklärung aus den genannten Gründen

---

[92]) Lassar 77.

[93]) Hierbei etwas unvorsichtig: Schmidt-Grimma 23.

[94]) Über den Begriff: Jellinek, VR., 509.

[95]) PrOVG. in RuPrVBl. 16, 42 ff.; s. dazu auch PrOVG. in DJZ. 1911, 1222: „Vorbehalte und Einschränkungen haben bei einer Widmung des Eigentümers — wenn sie nicht überhaupt die Widmung ausschließen — keinen Einfluß . . ."; s. schließlich Schmidt-Grimma 23 mit Anm. 34.

[96]) PrOVG. in RuPrVBl. 16, 44.

[97]) Tezner, ArchÖffR. 9, 383.

nicht wirksam; die Widmungserklärung des Grundeigentümers besteht fort. Auch das Preußische Oberverwaltungsgericht ist daher im sachlichen Ergebnis der Anschauung, daß die Widmung unwiderruflich sei[98]). Eine Widerruflichkeit, die ihre Wirksamkeit in Wahrheit kaum jemals wird entfalten können, steht dem Ergebnis nach einer Unwiderruflichkeit gleich.

Die Unwiderruflichkeit der Widmung ergibt sich aber auch daraus, daß der Wille des widmenden Eigentümers stets dahin gehen wird, seine Zustimmung zum Entstehen des öffentlichen Weges nicht nur für sich selbst, sondern zugleich auch für etwaige Rechtsnachfolger bindend zu geben. Bei jeder (echten) Widmung gibt der Eigentümer, der sein Grundstück dem Gebrauche durch die Allgemeinheit zur Verfügung stellt, seine Zustimmung zu einer öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Eigentums als solchem[99]), nicht nur zu einer Beschränkung der freien Eigentumsausübung für seine eigene Eigentumszeit. Danach ist auch der gutgläubige Rechtsnachfolger an die Widmung eines seiner Vormänner gebunden. Er kann mithin diese Widmung nicht wegen seines guten Glaubens — ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen — widerrufen. Das ergibt unbedenklich die sinngemäße Auslegung der Willenserklärung des widmenden Eigentümers, der sich durch diese auf die Dauer zu einem gewissen Teile seiner privatrechtlichen Verfügungsgewalt zugunsten der öffentlichen Gewalt entäußert hat[100]). Wenn aber tatsächlich in einem Falle eine andere Auslegung der „Widmungs"erklärung wegen des Vorliegens besonderer Umstände möglich sein sollte, so hat eine (echte) Widmung nicht vorgelegen. Allein die hier gezeigte Auslegung als einer unwiderruflichen Willenserklärung wird dem sachlichen Wesen der Widmung gerecht[101]). Diese Feststellung hat sich zunächst nur für den öffentlichen Weg treffen lassen, bei dem ein besonders solenner Indienststellungsakt vorliegt, bei dem vor allem auch eine auslegungsfähige Widmungserklärung des beteiligten Grundeigentümers vorhanden ist. Aber trotz dieser Sonderstellung des öffentlichen Weges unter allen anderen öffentlichen Sachen darf behauptet werden, daß es sich bei der festgestellten Bindung auch des gutgläubigen Eigentumserwerbers an die Indienststellung nicht um eine singuläre Erscheinung beim öffentlichen Wege handelt.

Otto Mayer[102]) nennt es nun allerdings „zivilrechtliches Denken", wenn man — nur das will er anerkennen — bei mala fides des das Sacheigentum Erwerbenden einen Lastenübergang[103]) in der oben beschriebenen Weise (fortdauernde Bindung jedes Erwerbers der Sache

[98]) Für Unwiderruflichkeit auch Holstein 72; für res sacrae ist gleicher Ansicht Sägemüller Bd. II, S. 61.

[99]) Lassar 78.

[100]) Schmidt-Grimma 53.

[101]) Zustimmend: Almsick 61 mit weiteren Zitaten.

[102]) Otto Mayer, VR., Bd. I, 238, Anm. 18.

[103]) wobei unter Last hier auch die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen anzusehen ist; s. dazu oben S. 26.

an deren besondere Bestimmung) annimmt. Dieser Einwand wird aber nicht als begründet anzuerkennen sein. Nimmt man — wie es hier geschieht — auch bei bona fides des Eigentumserwerbers einen solchen Lastenübergang an, so ist damit bereits die Öffentlichrechtlichkeit der Folgerung bewiesen. Denn es ist durch sie die Anwendbarkeit der sonst Platz greifenden privatrechtlichen Normen — über den Gutglaubensschutz — abgelehnt worden. Aber auch für den Fall des Vorliegens von mala fides gilt das Gleiche: die Frage nach der Lastenfreiheit des Eigentums an der öffentlichen Sache erfordert zwar eine Untersuchung, die sich mit den privatrechtlichen Beziehungen der öffentlichen Sache befaßt. Die Frage nach der Beseitigung oder nach dem Nicht-Untergange der Öffentlichkeitsqualität der Sache dagegen ist eine nur diese Eigenschaft angehende, mithin auch eine öffentlich-rechtliche Untersuchung[104]). Zudem dürfte gerade aus dem Munde Otto Mayers ein derartiger Einwand nicht überzeugend klingen: Kann man doch auch hier wieder die von ihm vertretene Grundidee eines öffentlich-rechtlichen Eigentums erkennen. Denn bei Anerkennung dieser Theorie wären Erwägungen der hier angestellten Art, d. h. über die Bindung auch des Rechtsnachfolgers im Eigentume an die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen, von vornherein ausgeschlossen. Nach der Lehre Otto Mayers wären dann an der öffentlichen Sache — abgesehen von den wenigen, auch von Otto Mayer zugestandenen Ausnahmen[105]) — Privatrechte von keinerlei Art mehr möglich.

Abzulehnen ist auch die Ansicht Fleiners[106]), daß jede freiwillig übernommene Last (im Sinne einer Tuns- oder Unterlassenspflicht) den allein binde, der sie sich aufgebürdet habe und daß es erst einer besonderen gesetzlichen Vorschrift bedürfe, um eine Nachfolge in eine solche „Pflicht" als öffentliches Rechtsverhältnis herbeizuführen. Dabei ist nicht einzugehen auf die Unbestimmtheit dieser Äußerung. Es mag solche Fälle geben, in denen die Ansicht Fleiners zutrifft. Dann wären sie namhaft zu machen. Es muß aber bestritten werden, daß nur eine gesetzliche Vorschrift eine derartige Pflichtennachfolge anordnen könne. Dies kann vielmehr sicher auch durch

[104]) Die Frage nach der größeren oder kleineren Ausdehnung des Eigentums ist eine privatrechtliche Erörterung, die aber als Unterfrage das Problem des denkbaren Unterganges oder Nicht-Unterganges der Öffentlichkeitsqualität der Sache zu behandeln hat; s. oben S. 32/3.

[105]) S. O. Mayer, VR., Bd. II, 48/9; s. auch oben S. 14.

[106]) Fleiner, VR., 150/1, besonders 157, 171/2. In einer Fleiner nahekommenden Weise äußert sich PrOVG. 2, 359. Fleiner spricht a.a.O. nur von „Pflichten", ohne indessen eine genaue Umschreibung dieses Begriffes zu geben. Darum sei es hier gestattet, die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen einmal aufzufassen als eine persönliche „Pflicht" des jeweiligen Eigentümers der Sache, ein deren Zweckbestimmung widersprechendes Tun zu unterlassen, bzw. eine der Zweckbestimmung der Sache entsprechende Nutzung durch die Allgemeinheit zu dulden. Es handelt sich daher hier nur um eine Widerlegung Fleiners in eventum, für den Fall nämlich, daß er dies gekennzeichnete Verhältnis tatsächlich zu seinem Pflichtbegriff rechnen würde.

den Zweck einer Einrichtung geschehen. Er kann eine derartige Pflichtennachfolge zwingend erfordern, da er ohne eine solche selbst gegenstandslos werden würde. Es kann die Sachlage derart sein, daß eine ganze rechtliche Institution steht oder fällt mit der Anerkennung oder Ablehnung der hier vertretenen Ansicht des Lastenübergangs auch auf den Rechtsnachfolger. Nun verlangt schon das Bestehen der öffentlichen Sachen an sich eine derartige Folgerung. Bei ihnen muß daher anerkannt werden, daß die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen auch in der Hand eines in dieser Hinsicht gutgläubigen Erwerbers fortbestehen bleibt. Denn wäre man anderer Ansicht, so gäbe es öffentliche Sachen nur nach dem Belieben der betreffenden gegenwärtigen oder bisherigen Sacheigentümer. Das aber wäre ein im öffentlichen Interesse unhaltbarer Zustand. Er würde außerdem eine vollkommen abwegige, dem Sinn und Zweck der öffentlichen Sache widersprechende Vermischung der beiden sie beherrschenden Rechtskreise darstellen. Auch aus diesem Grunde ist deshalb anzuerkennen, daß die „Widmung" im allgemeinen Sinne einer Indienststellung der öffentlichen Sache schlechthin „sachenrechtlich", dinglich wirkend ist und nicht nur rein schuldrechtliche Beziehungen zwischen den durch den Zufall bestimmten Parteien des Widmungsgeschäftes erzeugt. Jede Indienststellung ergreift vielmehr unmittelbar die (in Zukunft) öffentliche Sache als solche[107]).

§ 12.

Gleiches würde auch die Anwendung des Gedankens der sogenannten „öffentlichen Pflichtennachfolge" ergeben. Dazu müßte das Bestehen einer solchen nachgewiesen werden. Man müßte also das Vorliegen einer „dinglichen Rechtslage" im Sinne von Lasten, die jemandem mit Rücksicht auf das Eigentum an einem Grundstück obliegen[108]), für die Eigenschaft einer Sache als einer öffentlichen beweisen können. Daß in Ansehung der öffentlichen Sache eine Pflicht des jeweiligen Eigentümers besteht, den Gemeingebrauch oder aber die Ausübung des öffentlichen oder kirchlichen Dienstes an ihr zu dulden, ist stets betont worden[109]). Es bleibt daher für diese Pflicht nur zu untersuchen, ob für sie auch der Gedanke der „Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit"[110]), d. h. kraft Eigentumserwerbes an der

---

[107]) ebenso Kormann, System, 110 unter berechtigter Zurückweisung der Ansicht von G. Jellinek, Subj. öff. Rechte, (2. Auflage) 107/8.

[108]) Friedrichs, ArchÖffR. 40, 319; s. dazu auch Tezner, Privatrechtstitel, 558, der von „causae adhaerentes" spricht.

[109]) S. Preußisches ALR. § 7 I 15 und zahlreiche preußische Wegeordnungen; für Sachsen: sächs. Ministerium des Innern vom 9. 3. 1900 in FischersZ. 21, 320; RGZ. 123, 183/4, ebenfalls unter Hinweis auf § 7 I 15 PrALR.: „Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem Jeden zum Reiten und Fortbringen seiner Sachen gestattet"; siehe auch ebendort RGZ. 123, 186; RG. in JW. 1931, 2241; Wolff (Martin), SR., § 52, III, 1.

[110]) Jellinek, VR., 195 ff.; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, (mit weiterer, allerdings nur sehr allgemeiner Literatur) 152; davon am bedeut-

öffentlichen Sache, wirksam werden kann[111]). Besonders beim Recht der öffentlichen Wege (mithin — einen solchen Schluß abzulehnen, wäre unbegründet — allgemein bei Grundstücken, die öffentliche Sachen sind) liegt die Parallele zum Baupolizeirecht nahe. Auch bei diesem handelt es sich häufig um Tatbestände, bei denen dem Grundstücke als solchem gewisse öffentlich-rechtliche Lasten und Beschränkungen auferlegt worden sind[112]). Nun liegt auch beim öffentlichen Weg offenbar eine öffentliche „Last" dem Grundstücke als solchem auf, ohne Rücksicht darauf, unter welchen Umständen das Eigentum am Grundstück erworben worden ist. Dieser Gedanke muß sich dann als vollkommen richtig erweisen, wenn man die Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit auch im vorliegenden Falle als anwendbar bezeichnen kann. Das Preußische Oberverwaltungsgericht und — ihm folgend — die preußische Verwaltungspraxis neigt allerdings zu derartigen Annahmen nicht[113]), besonders auch in baupolizeilichen Angelegenheiten. Das von ihm gegen eine derartige Pflichtennachfolge gehegte Hauptbedenken scheint zu sein, daß die Voraussetzung für eine derartige Pflichtennachfolge — Register über diese Pflichten — fehlt. Grundbuchähnliche Einrichtungen sind tatsächlich nicht vorhanden, so daß sichere Nachweise über die einem Grundstück aufliegenden öffentlichen Pflichten, aus denen der Rechtsnachfolger sich Auskunft holen könnte, nicht bestehen. In anderen deutschen Ländern hat man zwar sogenannte Baulasten- oder Oblastenbücher angelegt[114]). Aber auch ihnen hat man keinen öffentlichen Glauben verliehen. Gerade dies spricht aber n i c h t etwa g e g e n, sondern f ü r die Annahme einer derartigen „Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit". Den in den genannten Registern verzeichneten öffentlichen Pflichten ist durch eine in diesem Sinne negative gesetzliche Regelung im Gegenteil eine verstärkte Dinglichkeit verliehen worden. „Die Oblasten . . . als öffentlich-rechtliche Lasten gehen daher ohne weiteres auf den Nachfolger im Eigentum über"[115]). Diese öffentlich-rechtlichen Pflichten des Eigentümers sollen selbst dann, wenn solche Baulasten- oder Oblastenbücher bestehen, auch dem Gutgläubigen gegenüber trotz Nichteintragung bestehen bleiben. Man kann sich auf den Inhalt des Baulasten- oder Oblastenbuches n i c h t verlassen. Trotz solcher Bücher, die vielleicht keinerlei öffentliche Last auf dem Grundstücke nachweisen, kann eine — nicht eingetragene — öffent-

---

samsten Bayr. VGH. in der Sammlung seiner Entscheidungen 10, 268; s. auch Fleiner, VR., insbesondere 153.

[111]) Allgemeines hierzu: Tezner, ArchÖffR. 9, 558/9.

[112]) Nottebohm 697.

[113]) S. Übersicht bei Jellinek, VR., 196; s. auch Richter 417 ff.; mehr zu einer Anerkennung einer Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit neigend, allerdings unter Vermeidung des Ausdrucks PrOVG. 88, 258 unter Verweisung auf PrOVG. 30, 260 (Leistungen, die „mit Rücksicht auf Grundbesitz" zu entrichten sind); s. hierzu die im Text im folgenden vertretene Ansicht.

[114]) S. Jellinek, VR., 196; dazu ferner Richter 417 ff., insbesondere 420.

[115]) So Richter 417.

liche Last auf dem Grundstück ruhen. Sie bindet aber — wenngleich aus dem Lastenbuch nicht zu ersehen — auch den gutgläubigen Erwerber. Deshalb ist es auch kein Beweis gegen die Gültigkeit des Gedankens der „Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit" im preußischen Rechtsgebiet, wenn wir in Preußen in manchen Provinzen zwar Wegeverzeichnisse finden[116]), denen öffentlicher Glaube aber nicht zuerkannt worden ist[117]). Auch in diesen Fällen ist der Gesetzgeber ganz offenbar davon ausgegangen, daß ein derartiger Schutz des Gutgläubigen im öffentlichen Interesse nicht wünschenswert ist, wenn nicht sogar unmöglich sein würde. Aus diesem Grunde schuf er keine mit öffentlichem Glauben versehene Bücher. Auch der Gutgläubige soll wegen der hier in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Beziehungen, die einen sie einschränkenden Gutglaubensschutz nicht dulden können, keinen weiteren Schutz als jeder andere Rechtsnachfolger genießen. Mala fides oder bona fides machen hierbei im öffentlichen Rechte keinen Unterschied aus. Auf Grund aller dieser Erwägungen muß daher auch für Preußen anerkannt werden, daß der Eintritt in das maßgebende privatrechtliche Rechtsverhältnis, d. h. hier der Erwerb des Eigentums an der öffentlichen Sache[118]), zugleich auch die Nachfolge in die konkreten, auf der Sache liegenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nach sich zieht. Auch der Gedanke der Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit vermag daher die Ansicht zu rechtfertigen, daß der gutgläubige Erwerber des Eigentums an der Sache deren Öffentlichkeitsqualität auch fernerhin gegen sich gelten lassen muß. Wäre dies nicht auch die Ansicht führender Stellen des Staatswesens, so hätte man den Baulasten- oder Oblastenbüchern und den Wegeverzeichnissen öffentlichen Glauben verleihen und damit zugleich einen Schutz des gutgläubigen Eigentumserwerbers schaffen können. Man tat dies nicht. Damit gab man dann zu erkennen, daß man einen solchen Schutz nicht schaffen wollte. Die der Sache in ihrer besonderen öffentlichen Eigenschaft aufliegende öffentlich-rechtliche Last soll jedem Eigentümer gegenüber ihre Wirksamkeit behaupten. Die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen haftet ihr demnach als solcher an. Der jeweilige Eigentümer der Sache, ganz gleich nun, ob er sie in gutem oder bösem Glauben erworben hat, muß sich damit abfinden, daß seine aus dem Eigentum fließenden

---

[116]) S. hierüber ausführlich Seydel bei Germershausen 24/5.

[117]) S. als Vorschlag (noch mit Zulässigkeit des öffentlichen Glaubens für die Wegeverzeichnisse) Schultzenstein, VerwArch. 27, 425. Daß tatsächlich solch öffentlicher Glaube nicht vorliegt, s. Seydel bei Germershausen 24/5; s. auch § 1 des preußischen Gesetzes über die Landwege im Regierungsbezirk Wiesbaden vom 15. III. 1923 (GS. S. 67).

[118]) Man wird unbedenklich wieder mit einem Schlusse vom Bedeutsameren auf das weniger Wichtige vom öffentlichen Wege auf alle öffentlichen Sachen schließen dürfen. Sollte eine andere öffentliche Sache allerdings für das Interesse der Allgemeinheit noch bedeutsamer sein, so gilt auch für sie das im Text Gesagte. Denn dieses noch stärkere öffentliche Interesse an der Sache muß zumindest in der hier behandelten Weise sichergestellt werden.

Rechte von vornherein deshalb erheblich beschränkt sind, weil die Sache eine öffentliche ist.

§ 13.

Auch eine andere Art des Beweises führt zu genau dem gleichen Ergebnis. Zwar kann man hierbei nicht von Nachfolge in ein bereits bestehendes Pflichtenverhältnis sprechen[119]). Man hat vielmehr anzunehmen, daß jeden Eigentümer der öffentlichen Sache als solchen in seiner Person die Pflicht zur Erhaltung des Zustandes der Sache als einer öffentlichen von neuem trifft[120]). Der Eigentümer einer jeden Sache — auch der einer nicht-öffentlichen — hat die Pflicht, sie in einem polizeimäßigen Zustande zu erhalten. Dies ist allgemein anerkannte Meinung und zudem für Preußen durch § 20, Absatz I des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931 ausdrücklich festgelegt[121]). Diese allgemeine Verpflichtung des Sacheigentümers zur Erhaltung eines polizeimäßigen Zustandes der Sache kann nun anerkanntermaßen durch besondere Anordnungen und dergleichen spezialisiert werden. So hat der Eigentümer eines unbebauten Grundstücks weniger weitgehende Pflichten als der eines bebauten Grundstücks: Bei letzterem treten noch besondere baupolizeiliche Verpflichtungen[122]) zu der bereits oben genannten höchst allgemeinen Verpflichtung j e d e s Eigentümers hinzu. Diese Gedanken finden gleichmäßige Anwendung auch auf öffentliche Sachen. Den Eigentümer einer öffentlichen Sache trifft ebenfalls die allgemeine Verpflichtung jedes Sacheigentümers zur polizeimäßigen Instandhaltung seiner Sache. Im Vordergrunde der Betrachtung steht naturgemäß auch bei Erörterung dieser Frage der öffentliche Weg. Unter „Instandhaltung" sind allerdings nicht alle zum Fortbestande des Weges

[119]) Fleiner, VR., 152/3: Der Besitz eines bestimmten Grundstücks als mittelbare Bezeichnung des verpflichteten Privaten; ebenso Seydel bei Germershausen 615/6; ähnlich PrOVG. 27, 202.

[120]) Treffend in seiner allgemeinen Formulierung: Biermann, Privatrecht und Polizei 124; Nottebohm 697.

[121]) Deshalb braucht hier nicht mehr eingegangen zu werden auf die früher von W. Jellinek, VR., 2. Auflage, S. 489 vertretene Ansicht (s. auch die Besprechung von Maunz 291), der Satz von der Polizeipflichtigkeit des Sacheigentümers gelte für das öffentliche Sachenrecht nicht, da dem Eigentümer einer öffentlichen Sache nur eine nuda proprietas zukomme. Für bayerisches Recht dem Sinne nach ebenso Steinbach 165. Diese Ansicht ist durch die angeführte positiv-rechtliche Regelung gegenstandslos geworden; sie hatte im übrigen auch nach dem früheren Rechtszustande nichts für sich. Auch der Eigentümer z. B. eines verpachteten Grundstücks ist in der Ausübung seiner Eigentumsrechte erheblich beschränkt, ist aber dennoch seit jeher für polizeipflichtig gehalten worden (s. heute dazu den genannten § 20 PrPVG., insbesondere Absatz II: „. . . n e b e n dem Eigentümer . . .").

W. Jellinek hat seine Ansicht inzwischen selbst aufgegeben; er sagt in der 3. Auflage seines „Verwaltungsrechtes" bei Behandlung des Rechtes der öffentlichen Sachen nichts mehr über eine eingeschränkte oder gar ganz wegfallende Polizeipflichtigkeit des Eigentümers einer öffentlichen Sache.

[122]) die aber nichts weiter bezwecken, als den polizeimäßigen Zustand des Grundstücks sicherzustellen.

erforderlichen Verpflichtungen zu verstehen; gerade hier gibt es besondere Regelungen etwa über die Wegebaulast und Ähnliches[123]). Dennoch aber kann die Wegepolizeibehörde von dem Eigentümer eines öffentlichen Wegegrundstückes als solchem in dem außerhalb des Rahmens der Wegebaupflichtigkeit eines anderen verbleibenden Restgebiete unbedenklich verlangen, seinen Grund und Boden in einem derartigen Zustande zu erhalten, daß die Zweckbestimmung des Grundstücks als eines öffentlichen Weges nicht gestört wird[124]). Dies ist hierbei das polizeilich zu schützende Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der öffentlichen Sache und dem Fortbestehen ihrer Zweckgebundenheit, entsprechend dem für sie geltenden Verbote der Zweckentfremdung. Es handelt sich um eine „polizeilich zu handhabende Verbindlichkeit des Wegeeigentümers"[125]). Die besondere Art des Tätigwerdens der Wegepolizeibehörde gegenüber dem Grundeigentümer ist dabei für Preußen durch die §§ 55 und 56 des preußischen Zuständigkeitsgesetzes vom 1. 8. 1883 („Inanspruchnahmeverfügung") gekennzeichnet. Auf diese Weise kann die Wegepolizeibehörde z. B. ihr Verlangen durchsetzen, daß der Grundeigentümer es unterlasse, einen anderen zur Sperrung des Weges aufzufordern oder aber die Absperrung durch einen Zaun oder dergleichen vorzunehmen[126]). Die Sache in einem polizeimäßigen Zustande erhalten, bedeutet in jedem Falle, daß ihr Zustand der guten öffent-

[123]) Auf diese leges speciales — beispielsweise §§ 55 und 56 des preußischen Zuständigkeitsgesetzes — zu verweisen, auf Grund deren hinsichtlich bestimmter Verrichtungen am Wege nicht der Eigentümer als solcher, sondern vielmehr der Wegeunterhaltungspflichtige oder die Wassergenossenschaft hinsichtlich der öffentlichen Wege oder Wasserläufe polizeipflichtig sind, ist auch nur der Sinn des § 20, Absatz III PrPVG. So auch Jellinek, VR., 443; Drews und Lassar bei Brauchitsch, Bd. II, 1. Halbband, S. 69, Nr. 5 zu § 20 PVG.; Klausener-Kerstiens-Kempner 165, Anm. 3 zu § 20. Daß diese Norm nicht die Polizeipflichtigkeit des Grundeigentümers von öffentlichen Wegen und Wasserläufen ganz beseitigen will, ergibt die Erwägung, daß immerhin Verrichtungen an diesen öffentlichen Sachen denkbar sind, zu denen der Wegeunterhaltungspflichtige bzw. die Wassergenossenschaft nicht verpflichtet sind, die mithin bei mangelnder Polizeipflichtigkeit des Sacheigentümers von niemandem ausgeführt werden würden. Das zu erreichen, kann nicht der Sinn der genannten Vorschrift sein. Zudem muß bemerkt werden, daß entsprechende Normen dem öffentlichen Rechte anderer deutscher Länder unbekannt sind, danach dort also auch bei öffentlichen Wegen und Wasserläufen an der Polizeipflichtigkeit des Grundeigentümers nicht gezweifelt werden kann.

Außerhalb des durch diese Sondernormen umgrenzten Gebietes ist daher auch fernerhin der Eigentümer einer j e d e n öffentlichen Sache als polizeipflichtig anzusehen, dies um so mehr, als § 20, Absatz III PrPVG. nur hinsichtlich öffentlicher Wege und Wasserläufe eine — nach dem Gesagten nicht einmal ganz allgemeine — Ausnahme macht.

[124]) S. hierzu allgemein Kaufmann 389.

[125]) Anschütz, VerwArch. 5, 430; Thoma 310; Wolff (Martin), SR., § 52, III, 1; vollkommen abweichend, aber ohne jeden Beweis, Steinbach 165.

[126]) In diesem letzteren Falle stände im übrigen der Polizei auch § 19, Absatz I PrPVG. zur Verfügung: der Grundeigentümer wäre in diesem Falle selbst „Störer".

lichen Ordnung entsprechen muß, und zwar eben stets einer solchen Ordnung, die die betreffende Sache mit aufrechtzuerhalten bestimmt ist[127]). Deshalb geht die Befugnis der Polizei gegenüber einem Grundeigentümer, über dessen Grundstück ein öffentlicher Weg führt, weiter als bei irgendeinem sonstigen Grundstück. Gleiches gilt dann aber auch — ein solcher Schluß a maiore ad minus ist anzuerkennen — für alle anderen öffentlichen Sachen. Öffentliche Sachen haben hiernach eine hervorgehobene „besondere polizeiliche Lage"[128]). Bei ihnen haben wir unbedenklich die Pflicht des jeweiligen Eigentümers der Polizei gegenüber anzuerkennen, die Sache in einem ihrer Zweckbestimmung gemäßen Zustande zu erhalten. Jede öffentliche Sache steht mithin unter einer über den Rahmen des allgemeinen Schutzes jeder Sache hinausgehenden Fürsorge der Polizei. Es ist deshalb durchaus zulässig, von einer besonderen „Polizei der öffentlichen Sachen" zu sprechen[129]). Der jeweilige Eigentümer der Sache hat ihr gegenüber die allgemeine Pflicht der Erhaltung der Sache in einem polizeimäßigen Zustande, nur daß in den hier behandelten besonderen Fällen diese Pflicht deshalb eine inhaltlich andere und vollere ist als sonst, weil die öffentliche Sache an einer ganz bestimmten, hervorgehobenen Stelle der öffentlichen Ordnung steht. Wie die Sinnesverfassung — ob gut- oder bösgläubig — des polizeipflichtigen Eigentümers beim Erwerbe der Sache gewesen ist, ist dabei vollkommen gleichgültig. Zwischen Gutgläubigkeit und Polizeipflichtigkeit des Sacheigentümers sind keinerlei Berührungspunkte gegeben. Daher trifft diese Erhaltungspflicht auch den gutgläubigen Erwerber der Sache. Sie entsteht wie bei jedem Sacheigentümer auch in seiner Person neu. Von einer Art der „Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit"[130]) braucht daher nicht gesprochen zu werden, wenngleich eine gewisse „Dinglichkeit" insofern nicht abgestritten werden kann, als der Pflichtige, vor allem aber auch der Umfang der zu erfüllenden Pflicht durch das Eigentumsrecht an der Sache bestimmt werden. Deshalb trifft selbst den gutgläubigen Erwerber der öffentlichen Sache die genannte Erhaltungspflicht vor allem auch in ihrer gesteigerten Form, daß nämlich alles zu unterlassen ist, was der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache schädlich oder auch nur hinderlich sein könnte. Diese Steigerung der Pflicht des Sacheigentümers wird hervorgerufen durch die objektiv herausgehobene — gewissermaßen dinglich wirkende — Stellung der Sache innerhalb der öffentlichen Ordnung, auf die der Erwerber — als rein privatrechtlich Berechtigter — in keiner Weise Einfluß gewinnen kann. Bemerkt sei schließlich, daß hiernach ebenso unwirksam wie der gutgläubige Eigentumserwerb gegenüber der Öffentlichkeitsqualität der Sache auch etwaige

[127]) S. hierzu Otto Mayer, VR., Band II, S. 66.

[128]) so Scheuner 1173 unter Ablehnung von Maunz.

[129]) Hierzu unter Kritik Otto Mayer's, Kaufmann 389 und unter berechtigter Kritik von Maunz Scheuner 1173; s. auch Kempke 49, der das im Text Gesagte ausdrücklich betont.

[130]) so, wenn auch nicht uneingeschränkt, Jellinek, VR., 196.

Abmachungen privaten Rechtes zwischen den Privatrechtsparteien des auf Eigentumsübertragung an der öffentlichen Sache gerichteten Geschäftes sind. So wäre es denkbar, daß der das Eigentum an der Sache Übertragende dem Erwerber zusichern würde, er werde für die Aufhebung der „möglicherweise" bestehenden Öffentlichkeitsqualität der Sache sorgen; der Erwerber brauche sich darum nicht zu kümmern. Derartige Vereinbarungen können schuldrechtliche Verpflichtungen erzeugen. Gegen die besprochene (polizeiliche) Pflicht jedes Eigentümers zur Erhaltung der besonderen öffentlich-rechtlichen Sachstandschaft der in Frage stehenden Sache vermögen sie nichts auszurichten. Denn diese Pflicht des jeweiligen Eigentümers ist eine öffentlich-rechtliche, was einer erneuten Darlegung nicht bedarf[131]). Als Beweis für die Unwirksamkeit der genannten auf Privatrecht beruhenden Abmachungen genügt deshalb ein Hinweis auf den Satz: „publicum ius privatorum pactis mutari nequit."

§ 14.

Auch der gutgläubige Erwerber einer öffentlichen Sache muß hiernach noch immer deren Öffentlichkeitsqualität gegen sich gelten lassen[132]). „Das bei öffentlichen Pflichten immer vorhandene öffentliche Interesse gestattet eben nicht dessen Gefährdung durch gutgläubigen Erwerb; das private Interesse des Erwerbers hat dem öffentlichen Interesse zu weichen"[133]). Es mag allerdings gelegentlich zutreffen, daß das vorhandene öffentliche Interesse so unbedeutend ist, daß ihm gegenüber das Interesse des gutgläubigen Erwerbers der Sache erheblich überwiegt. Man denke etwa an die Veräußerung eines abgetragenen, allerdings noch verwendungsfähigen[134]) Militärrockes. Jedoch sind zur Wahrung der Rechtssicherheit sowie der einheitlichen Gestaltung der Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen Ausnahmen nicht zulässig. Das ohnedies nicht in jeder Hinsicht klare Recht der öffentlichen Sachen würde im übrigen durch derartige Ausnahmen nur eine weitere Verdunkelung erfahren. Einheitlich muß deshalb gelten, daß die stattgefundene Veräußerung nicht die Kraft besitzt, die Zweckbestimmung der Sache als deren öffentlich-rechtliche Beschwerung zu berühren[135]).

---

[131]) S. oben S. 49 ff.

[132]) Ebenso Loomann 25; RG. in Recht 1910, 821 (= RG. in JW. 1910, 813) und ebendort Nr. 3181, beide ohne eingehende Begründung.

[133]) So Jellinek, VR., 197; im selben Sinne: Theobald 60 bis 64; Oßwald 36; Gierke, SR., 22, Anm. 10.

[134]) Ein gewisses öffentliches Interesse wäre demnach auch an einem solchen Rocke noch vorhanden.

[135]) S. Martin Wolff, SR., § 70, Anm. 1.

III. Der Einfluß des Zeitablaufes auf die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen.

§ 1.

Im vorhergehenden Abschnitte der Untersuchung ist durch zahlreiche Beweise belegt worden, daß die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen nicht dadurch verlorengeht, daß das an ihr bestehende privatrechtliche Eigentum an einen hinsichtlich ihrer Öffentlichkeitsqualität Gutgläubigen übertragen wird. Diese Untersuchung beschränkte sich darauf, nachzuprüfen, wie die zu untersuchende Frage zu beantworten ist für den Zeit p u n k t unmittelbar nach dem Eigentums- und Besitzübergange an der öffentlichen Sache. Es ist damit aber noch nichts über folgenden — bereits in der Einleitung angedeuteten — Tatbestand gesagt:

Es mag das Eigentum an einer öffentlichen Sache an den Erwerber übergegangen sein, oder aber es ist nur der Besitz an dieser Sache übergegangen, der sich erst im Wege der Ersitzung zum Eigentum an der Sache erweitern wird. Man denke im letztgenannten Falle etwa daran, daß eine Sache vom Nichtberechtigten veräußert wurde, die — wegen eines Tatbestandes des § 935 BGB. — trotz Gutgläubigkeit des Erwerbes nicht zu Eigentum erworben werden konnte, an der aber der Besitz übergegangen ist, sodaß nunmehr Ersitzung des Eigentums durch den Eigenbesitzer eintreten kann. Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn sich dieser Besitz während eines langen Zeitraumes — etwa während der ganzen Ersitzungszeit — in gleichem Umfange an der an und für sich trotz des Besitz- oder sogar Eigentumswechsels noch öffentlichen Sache entfalten kann wie an einer beliebigen anderen Sache? Möglich ist etwas Derartiges ohne weiteres: Der Eigentums- oder Besitzerwerber konnte nur deshalb gutgläubig hinsichtlich der Öffentlichkeitsqualität der Sache sein, weil im Augenblicke seines Erwerbes das Dienen der Sache für die Allgemeinheit äußerst gering war. Andernfalls hätte er aus den äußeren Anzeichen die Öffentlichkeit der Sache entnehmen müssen. Unter diesen Umständen ist es sehr wohl möglich, daß die für die Sache zuständige Verwaltungsbehörde die betreffende Sache auch fernerhin lange Zeit nicht für die Interessen der Allgemeinheit in Anspruch nimmt. Demgemäß kann sich dann das Eigentum oder der Besitz an der Sache auch voll entfalten. Nach Verstreichen eines mehr oder minder langen Zeitraumes will dann aber die Verwaltungsbehörde möglicherweise die öffentliche Sache in stärkerem Maße für den öffentlichen Dienst in Anspruch nehmen. Nunmehr stehen sich das jahrelang wie an einer unbelasteten Sache ausgeübte Eigentum oder Besitz und der Anspruch der Verwaltungsbehörde auf die öffentliche Dienstbereitschaft der Sache gegenüber. Welchem dieser beiden „Ansprüche" ist bei der geschilderten Sach- und Rechtslage dann der Vorzug zu geben?

Daß in einem solchen Falle die Entscheidung nicht der oben für den Tatbestand des bloßen Eigentumsüberganges an der Sache gegebenen entnommen werden darf, bedarf keiner besonderen Darlegung. Denn dort hatte sich die nach außen nicht einmal in Erscheinung tretende Gutgläubigkeit des Erwerbers nur im Zeitpunkte des Eigentums- oder Besitzüberganges auswirken können. Bei dem hier geschilderten Sachverhalte dagegen hat der Erwerber die Sache viele Jahre hindurch auch nach außen hin entsprechend seiner Gutgläubigkeit wie ein voll berechtigter, durch keine öffentlichen Ansprüche auf die Sache beschränkter Eigentümer oder Eigenbesitzer immer wieder in Anspruch genommen. Diesem auch äußerlich — selbst der Verwaltungsbehörde — deutlich erkennbaren Verhalten des Eigentümers oder Eigenbesitzers, das während eines langen Zeitraumes ungestört beibehalten wurde, muß eine auch gegenüber dem öffentlichrechtlichen Anspruche der Verwaltungsbehörde zu beachtende Wirkung beigemessen werden. In welchem Umfange dies der Fall ist, bedarf indessen noch der Untersuchung.

Dabei wird zunächst der Tatbestand der Ersitzung des Eigentums an der öffentlichen Sache zu betrachten sein. Denn in diesem Falle sind die g e g e n den die Freiheit der Sache beanspruchenden Erwerber sprechenden Voraussetzungen die schwierigeren. Sein bloßer Besitz soll sich erst in langer Ersitzungszeit zum Eigentum entwickeln. Er muß während dieser ganzen Zeit gutgläubig hinsichtlich seines Eigentums, wegen der besonderen Voraussetzungen des hier zu prüfenden Tatbestandes aber auch gutgläubig hinsichtlich der Öffentlichkeitsqualität der betreffenden Sache gewesen sein. Außerdem muß die zuständige Verwaltungsbehörde während des ganzen langen Zeitraumes sich untätig verhalten haben.

Aus den Ergebnissen dieser Untersuchung wird sich dann ohne weiteres die Lösung für die noch übrigbleibenden problematischen Tatbestände finden lassen.

§ 2.

Ehe die Untersuchung des geschilderten Ersitzungstatbestandes jedoch begonnen werden kann, bedarf es der Lösung der Vorfrage, ob an öffentlichen Sachen eine Ersitzung überhaupt möglich ist. Denn diese Frage ist in der Theorie und in der Praxis (vor allem des Preußischen Oberverwaltungsgerichts und des Reichsgerichts) in vielen Entscheidungen verneint worden[1]). Dennoch soll hier zunächst die

[1]) RG. bei Kamptz-Delius I, 164; PrOVG in RuPrVBl. 17, 79; RGZ. 80, 370 betr. Eigentumserwerb durch Ersitzung am Bette öffentlicher (schiffbarer) Flüsse; RGZ. 27, 258 betr. Eigentumserwerb durch Ersitzung an Kirchhöfen nach preußischem Rechte; daß Otto Mayer, VR., Band II, 63 dem zustimmt, ist von seiner Lehre des öffentlichen Eigentums aus selbstverständlich; nicht vollständig: Seydel bei Germershausen 94; Bering 39, aber in richtiger Erkenntnis der Ersitzungsmöglichkeit gegenüber dem Eigentümer S. 40.

Behauptung aufgestellt werden, daß auch öffentliche Sachen durch Ersitzung zu Eigentum erworben werden können[2]).

Einmal kann nicht bestritten werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Fälle, in denen das Eigentum an einer Sache erworben wird oder verloren geht, in erschöpfender Weise regelt. Dabei ist abzusehen von den auch hier — wie oben im Falle der Übertragung des Eigentums — vorhandenen Vorbehalten, wie etwa Artikel 127 und 189 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche neben Artikel 65 und 111 daselbst. In diesen besonderen Fällen könnte zwar wegen der Kompetenz des Landesrechtes durch dieses die Ersitzung ausgeschlossen oder von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht sein[3]). In allen übrigen Fällen aber[4]) müßten auch

---

[2]) S. Theobald 41/2; Kipp bei Windscheid 731.

[3]) Man vergleiche dazu auch § 90 GBO., preußische VO. betreffend das Grundbuchwesen vom 13. 11. 1899 (GS. S. 519 ff.), insbesondere Artikel 1; außerdem etwa Preußisches ALR. § 581 I 9: „Wenn eine Sache durch Gesetze dem bürgerlichen Verkehr ganz entzogen worden, so kann sie durch keine Verjährung erworben werden"; hierzu sehr eingehend: RG. in GruchBeitr. 55, 1154.

[4]) Unrichtig mit seiner Ablehnung Biermann, Öff. Sachen, 39/40/41, der es übersieht, scharf die öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen Beziehungen der öffentlichen Sache zu trennen; nur um die letzteren handelt es sich hier und für sie gilt Art. 55 EG. zum BGB. Der öffentlich-rechtliche Charakter der Sphäre der Zweckbestimmung bleibt damit unbestritten.

Biermann a.a.O. verweist auf die Motive zum EG. zum BGB. Diese stützen aber keineswegs seine Ansicht, der bisherige besondere privatrechtliche Schutz der öffentlichen Sachen bestehe auch fernerhin. Dies mag nach dem auf S. 196 der Motive Gesagtem so erscheinen; indessen ergibt sich aus den Erörterungen auf S. 197 ganz deutlich, daß die bisher im gemeinen wie im römischen Rechte (s. dazu Kipp § 47, 3, S. 191) bestehenden Sätze, die die Nichtigkeit (obligatorischer oder dinglicher) Rechtsgeschäfte über öffentliche Sachen zur Folge hatten, künftig nicht mehr anwendbar sein werden. Eine absolute Verkehrsunfähigkeit der res publicae soll nicht mehr bestehen. Damit ist aber erwiesen, daß eben diese Sätze privatrechtlicher Natur waren, mithin durch Art. 55 EG. beseitigt sind. S. dazu auch auf der gleichen Seite der Motive die Erwägungen über das künftige Wegfallen der actiones populares wegen Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen.

Und ebensowenig beweisen auch die von Biermann ferner genannten Ausführungsgesetze zum BGB., nämlich das hessische und das badische, die Richtigkeit seiner Behauptungen. Ersteres lautet in Art. 17, Absatz I: „Sachen, die zum gemeinen oder öffentlichen Gebrauche bestimmt sind, wie öffentliche Wege, Straßen Brücken, . . ., können, solange diese Bestimmung dauert, nur insoweit veräußert, ersessen oder mit einem Rechte belastet werden, als ihre Bestimmung es zuläßt." Diese Bestimmung in ihrer sicheren Abgrenzung der beiden Rechtssphären an der öffentlichen Sache bietet nach dem bereits oben unter Teil II Erörterten nichts Besonderes. Kategorischer lautet dagegen Artikel 12 des badischen Ausführungsgesetzes zum BGB.: „An Wegen und Plätzen können, solange sie dem Gemeingebrauch gewidmet bleiben, dingliche Rechte nicht begründet werden." Aber auch diese Bestimmung enthält nichts Entscheidendes für die von Biermann aufgestellte Behauptung. Denn auch dieser Artikel des badischen AG. kann nur auf öffentlich-rechtliche Beziehungen der öffentlichen Sache angewendet werden, da er andernfalls (in dem beschränkten Vorbehalt des Art. 111 EG. zum BGB. findet er keine Stütze; nur das will hierzu Martin Wolff, SR., Anm. 2 zu § 71, sagen; keineswegs will er durch

für öffentliche Sachen die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten und damit die — nur privatrechtlich wirkende — Ersitzung zulässig sein. Denn eine besonderer, für den privatrechtlichen Teil der Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache — nur dieser steht hier in Frage — bestimmter rechtlicher Schutz, der im gemeinen Rechte vorhanden war, besteht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches heute nicht mehr[5]). Erinnert sei allerdings daran, daß bei der Ersitzung des Eigentums an Grundstücken die nur schwer erfüllbaren Voraussetzungen des § 900 BGB., bei der Ersitzung des Eigentums an Mobilien die der §§ 937 ff. BGB. gegeben sein müssen. Liegen aber alle Voraussetzungen vor, so wäre hiernach der Eigentumserwerb durch Ersitzung auch an öffentlichen Sachen nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuerkennen.

Zudem folgt die Ersitzungsfähigkeit öffentlicher Sachen auch aus der heutigen Anerkennung eines Privateigentums an ihnen. Wenn das Eigentum an öffentlichen Sachen den allgemeinen Normen des Privatrechtes untersteht, so kann es auch auf jede von diesem anerkannte Art erworben werden. Sind die vom Bürgerlichen Gesetzbuche dafür aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, so kann mithin das Eigentum an einer öffentlichen Sache auch ersessen werden[6]).

Besonders spricht zugunsten der Ersitzbarkeit öffentlicher Sachen schließlich die Regelung der Frage der Ersitzbarkeit kirchlicher Sachen durch das katholische Kirchenrecht. Diesem kann auf dem hier erörterten Gebiet besondere Bedeutung deshalb beigemessen

---

Art. 17 des hess. AG. die privatrechtliche Ersitzbarkeit der öffentlichen Sachen ausgeschlossen sein lassen) wegen Art. 55 EG. zum BGB. für unwirksam erklärt werden müßte (so übrigens auch Biermann selbst 40). Somit stimmt dieser Artikel des bad. AG. inhaltlich vollkommen mit dem hess. AG. und der im Texte vertretenen Anschauung überein, ist also damit kein Beweis gegen die Zulässigkeit dinglicher Rechtsgeschäfte an öffentlichen Sachen, da es sich dabei stets und nur um privatrechtliche Fragen handelt, die durch die genannte Norm nicht berührt werden.

[5]) So Kipp bei Windscheid 731; im selben Sinne Motive zum EG. zum BGB., Entwurf I, Art. 72, S. 197 am Ende; dagegen Otto Mayer, ArchÖffR. 21, 507, indessen mit Unrecht aus dem bereits mehrfach genannten Grunde der unscharfen Trennung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Beziehungen der öffentlichen Sache.

[6]) S. hierzu RGZ. 31, 220: „Können aber Privatpersonen Eigentümer von Kirchengebäuden s e i n, so können sie es auch w e r d e n"; dieser Regelung des BGB. gegenüber besitzt das, was Kipp § 47, 3, S. 191, über das römische und gemeine Recht sagt, keine Beweiskraft mehr. Für das römische Recht allerdings war an der Unersitzbarkeit der Sachen des Fiskus und der res publicae in publico usu nicht zu zweifeln. D. 41, 3, 18 sagt deutlich, daß die Sachen des Fiskus nicht ersessen werden können. Und aus D. 41, 3, 9 folgt die Unersitzbarkeit der res publicae in publico usu selbst für den Fall, daß sie nicht dem Staate, sondern einer Gemeinde gehören.

D. 41, 3, 18: „Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat, . . ." (Modestinus);

D. 41, 3, 9: „Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatium, . . ." (Gaius).
Darüber, daß diese Gestaltung nicht ins Recht des BGB. übernommen worden ist, s. oben S. 55, Anm. 4.

werden, weil bei dem großen Kreise der in der katholischen Kirche vorhandenen res sacrae eine sehr eingehende, die Belange der Kirche wahrende Regelung ihrer rechtlichen Schicksale vorzunehmen war. Die katholische Kirche gleicht sich mit gewissen Vorbehalten der canones 1509 bis 1512 des Codex iuris canonici nach ihrem innerkirchlichen Rechte dem jeweils geltenden Ersitzungsrechte desjenigen Landes an, in dem es zur Ersitzung kommen soll oder gekommen ist[7]). Weiter läßt aber die katholische Kirche nach positiver Vorschrift des Codex iuris canonici die Ersitzung kirchlicher Gegenstände (res sacrae als die dem kirchlichen Gebrauch dienenden Gegenstände im Gegensatz zu den bona ecclesiastica, dem kirchlichen Finanzvermögen) ausdrücklich zu. Dies gilt vor allem auch für eine Ersitzung durch Privatpersonen[8]), also nicht nur für die Ersitzung durch andere kirchliche Anstalten. Dies zu bemerken ist bedeutsam deshalb, weil die letztere Art der Ersitzung schon seither als zulässig anerkannt worden war. In einem solchen Falle erschien stets das Schicksal der Sache, ihrer Bestimmung gemäß auch fernerhin gebraucht zu werden, unbedingt gesichert. Der Codex iuris canonici bestimmt dann aber ferner[9]), daß trotz dieser Ersitzbarkeit der kirchlichen Sache durch eine Privatperson die der Sache aufliegende Zweckbestimmung in jedem Falle erhalten bleibe bis zur Exekration der Sache, d. h. bis zu ihrer ausdrücklichen und formellen Herausnahme aus der geweihten Stellung[10]). Bei dieser kirchlichen Rechtslage wird auch der Staat die Ersitzung an den dem kirchlichen Dienste gewidmeten Sachen durch Privatpersonen zuzulassen haben. Es wäre mit der heute bestehenden grundsätzlichen Trennung kirchlicher und staatlicher Interessensphären sowie mit dem allgemeinen Verhältnisse von staatlichem und kirchlichem Rechte unvereinbar, wollte man der katholischen Kirche einen weitergehenden rechtlichen Schutz ihrer geweihten Sachen aufdrängen, als sie selbst diesen zubilligt. Ganz abgesehen davon wäre es auch nicht angemessen, wollte „staatliches" Recht sich über „kirchliches" Recht stellen. Etwas Derartiges würde dem Aufbaue unseres Rechtssystems widersprechen. Im übrigen fügt sich die angeführte Vorschrift des Codex iuris canonici dem bereits oben[11]) über die Ersitz-

---

[7]) Eichmann II, 279.

[8]) Codex iuris canonici canon 1510, § 1: „Res sacrae, quae in dominio privatorum sunt, praescriptione acquiri a privatis personis possunt, quae tamen eas adhibere nequeunt ad profanos usus; sie vero consecrationem vel benedictionem amiserint, libere acquiri possunt etiam ad usus profanos, non tamen sordidos."

[9]) allerdings unter Abweichung von der bedeutend schärferen Regel in Reg. iur. 51 in VIto: „semel deo dicatum non est ad usus humanos ulterius transferendum".

[10]) Codex iuris canonici canones 1510 (s. Anm. 8) und 1170: „Consecrationem vel benedictionem ecclesia non amittit, nisi tota destructa fuerit, vel maior pars corruerit, vel in usus profanos ab Ordinario loci redacta sit, ad normam can. 1187."

[11]) S. oben S. 54 ff.

barkeit öffentlicher Sachen auch durch Private Gesagten zwanglos ein. Darüber aber, daß die dem kirchlichen Dienste der evangelischen Kirche gewidmeten Gegenstände wie die von Staat und Gemeinde zu behandeln sind, die „res sacrae" der evangelischen Kirche mithin nur einen Unterfall der „res publicae" darstellen[12]), wurde bereits eingangs[13]) das Erforderliche gesagt.

Nicht mehr gibt es neben der anerkannten ordentlichen Ersitzung auch öffentlicher Sachen nach heutigem Rechte, des kodifikatorischen Charakters des Bürgerlichen Gesetzbuches wegen, eine reichsrechtliche außerordentliche Ersitzung[14]). Deshalb sei hier nur hingewiesen auf die Möglichkeit einer usucapio libertatis, die nach Landesrecht auch heute noch dann bestehen kann, wenn die ganze Rechtsinstitution, etwa eine dem öffentlich-rechtlichen Gebiete entstammende, als solche dem Landesrechte zur Regelung verblieben ist. So ist z. B. nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht § 656 I 9 die Ersitzung einer Abgabenfreiheit auch heute noch möglich[15]). Indessen bestehen solche besonderen, auf Landesrecht beruhenden Ersitzungsmöglichkeiten in Ansehung öffentlicher Sachen nicht[16]).

Diese eben genannten Gründe, die alle für die Anerkennung einer Ersitzbarkeit öffentlicher Sachen sprechen, sind auch dem Reichsgerichte und dem Preußischen Oberverwaltungsgerichte bei seinen genannten[17]) Entscheidungen nicht entgangen[18]). Wenn trotzdem von diesen Gerichten ausgesprochen worden ist, daß an öffentlichen Sachen eine Ersitzung unmöglich sei, so sollte hiermit — nur eine derartige Auslegung der Entscheidungen kann ihrem Sinne gerecht werden — nicht eine Ersitzung des an den öffentlichen Sachen bestehenden Privateigentums ausgeschlossen werden[19].) Man

---

[12]) und das schon allein wegen der jahrhundertlangen engen Verbindung zwischen Staat und evangelischer Kirche.

[13]) S. oben S. 17 ff.

[14]) S. Martin Wolff, SR. § 71, am Anfang, mit den in Anm. 6 daselbst genannten Vorbehalten.

[15]) Preußisches ALR. § 656 I 9: „Wenn jedoch erhellet, daß Jemand zu einer Last oder Abgabe, wozu er nach seinem Stande und Verhältnisse an sich verpflichtet war, aufgefordert worden, sich aber deren Leistung geweigert habe, und seit dieser Zeit, Funfzig Jahre hindurch, davon frei geblieben sei, so wird vermutet, daß er die Befreiung auf eine rechtsgültige Weise erlangt habe."

[16]) S. hierzu Mohn 307.

[17]) S. oben S. 54, Anm. 1.

[18]) S. hierzu Bering 40. Der Wortlaut von RGZ. 80, 365 ff. mag dem widersprechen. S. dazu die nächste Anmerkung. S. auch RGZ. 27, 255 ff., insbesondere 257/8, welche Entscheidung das anerkennt.

[19]) S. Bering 40. Der Wortlaut von RGZ. 80, 365 ff. sagt allerdings das Gegenteil. Der Sinn auch dieser Entscheidung ist aber in der im Text angegebenen Richtung auszulegen. Denn andernfalls wäre ein Satz wie aaO. 369 nicht zu verstehen: „Auch bei schiffbaren Flüssen ist es nun zwar, rein logisch, denkbar, daß das Flußbett, öffentlich-rechtlich belastet, im Eigentum einer Privatperson steht . . ." Auch S. 370 aaO. ist deutlich so zu lesen: „Daß am Bette öffentlicher schiffbarer Flüsse auch durch Ersitzung kein [der Öffentlichkeitsqualität widerstreitendes] Privateigentum erlangt

vollte vielmehr nur eine Ersitzung der öffentlichen Sache unter leichzeitigem Verluste deren Eigenschaft als einer öffentlichen für nmöglich erklären[20]). Das private Eigentum an der öffentlichen ache kann auch nach Ansicht des Reichsgerichtes und des Preußichen Oberverwaltungsgerichtes durch Ersitzung erworben werden. ine derartige Ersitzung soll indessen auf keinen Fall die öffentliche weckbestimmung der Sache beeinträchtigen dürfen[21]). Selbst wenn an aber von diesem Standpunkte aus die Entscheidungen des eichsgerichts und des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes berachtet, so wird man zwar stets die letztgenannte Behauptung aufestellt finden, daß die nach Privatrecht zulässige Ersitzung an der ffentlichen Sache deren Zweckgebundenheit nicht antasten dürfe. inen Beweis hierfür wird man aber stets vergeblich suchen. Ein olcher soll deshalb hier — falls er überhaupt möglich sein sollte — ersucht werden.

§ 3.

Eine Analogie zu § 945 BGB. im Gebiete der Zweckbestimmung er Sache, d. h. in das öffentliche Recht hinüber, ist ebensowenig zuässig wie die bereits oben[22]) behandelte und ebenfalls abgelehnte nwendung des § 936 BGB. im öffentlichen Rechte. Der Gemeinebrauch ist kein subjektives Recht eines Dritten, sondern eine allemeine öffentlich-rechtliche Belastung der Sachen. Daraus ergibt ich dann aber zugleich, daß der gute Glaube als nur dem Privatrecht ngehörender Rechtsgedanke zwar Privatrechte zu vernichten vermag, gegenüber den hier vorliegenden öffentlich-rechtlichen Beziehungen aber machtlos ist. Hiernach ist also auch die Ersitzung der ffentlichen Sache selbst bei Gutgläubigkeit des Erwerbers stets nur öglich „salvo iure usus publici".

Hinsichtlich der Ersitzung von Grundstücken, die öffentliche achen sind (öffentliche Wege, Friedhöfe) bestehen derartige Schwieigkeiten bezüglich der etwaigen Möglichkeit einer Analogie zum ürgerlichen Rechte nicht: Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt keine orschriften über das Erlöschen von Lasten, die der Sache zugunsten ritter aufliegen, durch die Buchersitzung des § 900 BGB., da kein uter Glaube zu dieser Ersitzung erforderlich ist.

---

erden kann, . . .; das folgt aus dem unmittelbar Vorhergehenden: „. . . . würde doch damit nichts gewonnen sein, weil die so entstandenen Privatechte mit dem Eintritte der Schiffbarkeit wieder erloschen wären." Das G. will damit also ganz offenbar nur sagen, daß die nuda proprietas des igentümers einer öffentlichen Sache in dem Falle, daß es sich um einen ffentlichen Fluß handelt, zu einem völligen Nichts wird. Daß nicht es Privateigentum bestritten werden soll, geht zur Genüge aus dem auf . 369 genannten Satze hervor.

[20]) S. dazu oben S. 55. Anm. 4; das dort angeführte badische Ausführungsgesetz zum BGB. spricht sich in Art. 12 in dieser öffentlich-rechtlichen Hinsicht typisch aus.

[21]) S. Theobald 42; Nottebohm 699.

[22]) S. oben S. 28 ff.

Auch über die Unzulänglichkeit des „Beweises" für die Unzerstörbarkeit der Öffentlichkeitsqualität der Sache durch den guten Glauben des Erwerbers, den man aus den allgemeinsten Sätzen über das Wesen der öffentlichen Sache entnehmen könnte[23]), ist das Nötige bereits mitgeteilt worden.[24]) Im hier untersuchten Ersitzungsfalle gilt es in gleicher Weise. Denn gerade in dem Falle, in welchem das Eigentum an einer öffentlichen Sache durch Ersitzung, d. h. grundsätzlich durch Besitz während einer langen Zeitdauer erworben worden ist, muß entweder das Dienen der — jedenfalls bisher öffentlichen — Sache ein sehr geringes gewesen sein[25]) oder es muß sich die zuständige Verwaltungsbehörde um die betreffende Sache nicht gekümmert haben oder aber aus bestimmten Gründen sich nicht haben kümmern können.[26]) Nur unter diesen besonders gearteten Umständen konnte der Ersitzende während der ganzen Ersitzungszeit gutgläubig hinsichtlich der Öffentlichkeitsqualität der Sache sein. Ein einziger Fall stärkerer Beanspruchung zugunsten der Allgemeinheit[27]) hätte genügt, um den guten Glauben des Ersitzenden zu zerstören. Und in gleicher Weise hätte sich eine einmalige ausdrückliche oder auch nur stillschweigende Beanspruchung der Sache durch die zuständige Verwaltungsbehörde auswirken müssen.

Bei dieser Sachlage würden die eben[28]) genannten Grundsätze über die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Sache, die in der Literatur immer wiederholt werden, hier aber abgelehnt worden sind, zu der Annahme führen, die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen sei ihr durch die Eigentumsersitzung von einem Gutgläubigen verloren gegangen. Denn aus diesen Grundsätzen wären folgende Schlüsse zu ziehen: Von einem Dienen der Sache im allgemeinen Interesse kann der oben[29]) geschilderten Sachlage wegen nicht mehr gesprochen werden. Mithin ist das Eigentum an der Sache durch keine Zweckbestimmung mehr beschränkt. Die Sache

---

[23]) S. oben S. 33 ff. Es ist dies insbesondere der Satz, daß das private Eigentum an einer öffentlichen Sache beschränkt ist durch die öffentliche Zweckbestimmung der Sache und daß privatrechtliche Sätze nur soweit Anwendung finden können, als ihnen die Zweckbestimmung der Sache nicht entgegen steht.

[24]) S. oben S. 33 ff.

[25]) S. oben S. 53 ff.

[26]) etwa, weil ihr die Person nicht bekannt war, an die ein vom Militärschneider unterschlagener Militärrock weiterveräußert worden war; darüber, daß dieser Fall eine Änderung der Rechtslage zugunsten der Verwaltungsbehörde nicht herbeizuführen geeignet ist, s. unten.

[27]) etwa ein Weg, von dem der Ersitzende bisher — zu Unrecht — glaubte, es sei ein privater, nur tatsächlich offener und mithin jederzeit wieder einziehbarer, wird plötzlich, ohne besondere Einwilligungserklärung des Ersitzenden für die Anlage einer Kanalisation in Anspruch genommen.

[28]) S. oben Anm. 23.

[29]) S. das oben im Text Gesagte.

hat demnach ihre Öffentlichkeitsqualität verloren.[30]) Daraus, daß während der Ersitzungszeit das Dienen der Sache für ihre Zweckbestimmung praktisch nicht vorhanden gewesen ist, ergibt sich hiernach der Untergang dieser besonderen Eigenschaft der Sache.

Einer Anerkennung dieser Schlüsse stehen jedoch Bedenken entgegen. Allerdings wäre es nicht zutreffend, wollte man diesen Grundsätzen und den daraus gezogenen Folgerungen entgegenhalten, sie stützten ihren Beweis für den Untergang der Öffentlichkeitsqualität der Sache im gegenwärtigen Augenblick[31]) auf die in der Vergangenheit[32]) liegende Nicht-Dienstbereitschaft der Sache. Das hieße den Unterschied verkennen, der zwischen dem hier untersuchten Ersitzungsfall und dem bereits oben im Teil II[33]) geprüften Falle der Übertragung des Eigentums besteht. Das Kennzeichen für diesen Unterschied ist, daß im hier besprochenen Ersitzungsfall erst ein langer Zeitraum verstrichen sein muß, während dessen die zuständige Verwaltungsbehörde ihren Anspruch auf die jedenfalls bisher öffentliche Sache nicht erhoben hat. Unter diesen besonderen Umständen widerspricht es unserem Rechtsempfinden[34]), diesen Zeitablauf als solchen in seiner rechtlichen Bedeutung vollkommen zu mißachten und die Entscheidung nur auf den gegenwärtigen Rechtszustand abzustellen. Denn man darf nicht verkennen, daß der bezeichnete lange Zeitraum verbunden mit dem Schweigen der Verwaltungsbehörde während dieser Zeit ein erheblich für die Belange des Ersitzenden sprechender Umstand ist. Die Berücksichtigung auch der Vergangenheit für die Beurteilung der Rechtslage kann dem hier benannten Beweise für den Untergang der Öffentlichkeitsqualität der Sache während der Ersitzungszeit demnach nicht entgegengehalten werden.

Bedeutsamer scheint es, darauf hinzuweisen, daß die die Grundlage dieses Beweises bildenden, mehrfach genannten Grundsätze nach der bereits oben[35]) getroffenen Darstellung nichts weiter als kurz gefaßte Begriffsbestimmungen der öffentlichen Sache sind.

§ 5.

Nun ist an sich auch derjenige, der die öffentliche Sache in gutem Glauben hinsichtlich ihrer besonderen Eigenschaft durch Ersitzung zum Eigentum erworben hat, verpflichtet, seine Sache in einem polizeimäßigen Zustande zu erhalten. Zwar fehlt bei dem Eigentumserwerb durch Ersitzung die Bindung an die Person eines

---

[30]) S. hierzu die S. 60, Anm. 23, genannten Grundsätze.

[31]) in welchem die Verwaltungsbehörde die Sache wieder für ihre öffentlichen Interessen beansprucht.

[32]) d. h. auf die Tatsachen während der Ersitzungszeit.

[33]) S. oben S. 22 ff.

[34]) über die Auswertung dieses Gedankens von Treu und Glauben s. das Nähere unten.

[35]) S. oben S. 33 ff.

Vorbesitzers der Sache. Die von ihm eingegangenen Verpflichtungen sind demnach nicht auch zugleich Bindungen des Ersitzungserwerbers der Sache. Die Polizeipflichtigkeit jedes Sacheigentümers folgt indessen nicht aus einer dinglichen Pflichtennachfolge in die Rechtsbeziehungen eines Rechtsvorgängers[36]). Vielmehr handelt es sich hierbei um eine in der Person jedes Eigentümers der Sache neu entstehende öffentlich-rechtliche Verpflichtung. Auch der Ersitzungseigentümer ist daher zur Erhaltung eines derartigen Sachzustandes verpflichtet, daß die Zweckbestimmung der öffentlichen Sache ungehindert zur Geltung kommen kann. Hierin macht die Ersitzung — als originärer Rechtserwerb — keinen Unterschied gegenüber sonstigen Eigentumserwerbsarten. Indessen hätte man hierbei noch unberücksichtigt gelassen, daß die Ersitzung einer — jedenfalls bisher — öffentlichen Sache einen Eigentumserwerb kraft (30 oder 10 Jahre, je nachdem es sich um eine unbewegliche oder eine bewegliche Sache handelt) lang dauernden Besitzes darstellt. Das bedeutet einen erheblichen Unterschied gegenüber allen anderen Möglichkeiten, das Eigentum an einer Sache zu erwerben. Denn möglicherweise kann während dieser Zeit die Freiheit von der Pflicht zur Erhaltung der öffentlichen Sache in einem ihrer Zweckbestimmung entsprechenden polizeimäßigen Zustande ersessen worden sein.[37])

Dieser Gedanke ist keinesfalls sofort als zu privatrechtlich zurückzuweisen. Denn das Landesrecht kennt auf den ihm vorbehaltenen Gebieten, insbesondere also dem öffentlichen Rechte, auch heute noch die Ersitzung von Lastenfreiheiten.[38]) Nach der ausdrücklichen Regelung, die die hier erörterte spezielle Frage im Preußischen Allgemeinen Landrecht[39]) gefunden hat, steht aber fest, daß die Verfügungsgewalt der Polizei über eine öffentliche Sache (etwa der Wegepolizeibehörde über den öffentlichen Weg) weder durch Verjährung noch durch andere privatrechtliche Titel erlischt. Mithin kann auch der Anspruch der Polizei auf Erhaltung des bezeichneten polizeimäßigen Zustandes durch Ablauf einer bestimmten Frist nicht untergehen.[40]) Hinsichtlich dieser polizeilichen Pflicht

[36]) S. oben S. 50 ff.

[37]) Das ist eine der Ausdeutungsmöglichkeiten für die Wirkung des hier vorliegenden Ablaufes einer langen Zeit. Über eine andere Möglichkeit s. oben S. 61. Dort wird darauf hingewiesen, daß der lange Zeitraum, während dessen der Ersitzende ungestört geblieben ist, aus allgemeinem Rechtsdenken heraus zu seinen Gunsten beachtet werden muß; s. darüber das Nähere — im Zusammenhang mit dem Gedanken von Treu und Glauben — auch unten.

[38]) S. dazu oben S. 58 im Text und insbesondere auch Anm. 15.

[39]) S. Preußisches ALR. § 2 II 15 in Verbindung mit §§ 3, 4, 78, 79 I 8 und § 581 I 9; s. auch noch § 34 I 8.

[40]) Allgemeines über die Verjährung im öffentlichen Recht: Tezner, GruchBeitr. 21, 105 ff.; im übrigen Jellinek, VR., 224; Kormann, Annalen 1912, 123/4; derselbe etwas anders in RuPrVBl. 33, 696; über die Unzulässigkeit einer Analogie zum Rechte des BGB. wegen des vorliegenden Subjektionsverhältnisses sehr richtig: Meier-Branecke 248/9; PrOVG. 15, 325 und auch 9, 218; PrOVG. im RuPrVBl. 27, 163; PrOVG. in RuPrVBl.

jedes — auch des gutgläubigen — Sacheigentümers gibt es demnach keine usucapio libertatis. Hierauf würde sich demnach der Untergang der Öffentlichkeit der Sache bei gutgläubiger Ersitzung ihres Eigentums nicht stützen lassen. Vielmehr müßte hiernach sogar das Fortbestehen dieser besonderen Eigenschaft der Sache trotz guten Glaubens des Ersitzenden behauptet werden.

Wegen des besonderen Charakters des Eigentumserwerbes durch Ersitzung ist hier — wie bereits betont[41]) — nicht einzugehen auf die rechtliche Stellung des Vorbesitzers und auf den bei ihm vorliegenden Widmungswillen. Auf die Widmung des Vordermannes allein ohne die Zwischenschaltung der Überlegung, daß die Polizei die Erfüllung der Pflicht des gesteigerten, aber objektiv bestimmbaren[42]) polizeimäßigen Zustandes der öffentlichen Sache von jedem Sacheigentümer verlangen kann, wäre die Pflicht des Ersitzungseigentümers, die Öffentlichkeit der Sache auch gegen sich gelten zu lassen, nicht zu gründen. Da aber dieses gedankliche Zwischenglied bereits[43]) bewiesen worden ist, kann auf die originäre Art des Eigentumserwerbes allein nicht der Untergang der Öffentlichkeit durch die Gutgläubigkeit des Ersitzenden gestützt werden.

§ 6.

Bereits oben[44]) ist nun bewiesen worden, daß (zumindest bei einem öffentlichen Wege) keine andere Möglichkeit für die Beendigung der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache besteht, als die der Einziehung z. B. des öffentlichen Weges durch die Wegepolizeibehörde[45]). Ebenfalls in dieser Richtung liegt es, daß man oft betont hat, die Ersitzung an öffentlichen Wegen sei zwar zulässig. Auch könne durch sie die Eigenschaft des Weges als eines öffentlichen beeinträchtigt, schließlich auch ganz beseitigt werden. Nur dürfe dies niemals gegen den Willen der Wegepolizeibehörde geschehen[46]). Es ist selbstverständlich, daß man eine derartige Meinung stets nur für Sonderrechte[47]) an den öffentlichen Wegen hat aussprechen können, denn nur hier kann eine ausdrückliche[48]) Zustimmung der Polizei vorliegen. Dies ist dagegen in dem Falle nicht möglich, in dem es sich um die Ersitzung des Eigentums als des vollsten an einer Sache

10, 158; PrOVG. 18, 240 unter Hinweis auf das auch hier geltende Verbot der Machtüberschreitung seitens der Polizei bzw. Sachwidrigkeit der Anordnung (Gedanke des § 226 BGB.); PrOVG. in RuPrVBl. 17, 79; ebendort 14, 382.

[41]) S. oben S. 61 f.

[42]) Diese Bestimmung beruht allerdings auf einer ehemaligen Widmung.

[43]) S. oben S. 62.

[44]) S. oben S. 39 f.

[45]) Kormann, Annalen 1912, 128; Seydel bei Germershausen 100.

[46]) Schmidt-Grimma 74/5 mit weiterer Literatur.

[47]) also nicht für das Eigentum am Wegegrundstück!

[48]) eine solche ausdrückliche Zustimmung verlangt man meistens zwischen den Zeilen; Nottebohm 699 will allerdings eine stillschweigende Genehmigung genügen lassen.

denkbaren Rechtes beispielsweise an einem Wegegrundstück, nicht nur um die Erwerbung eines einzelnen Sonderrechtes handelt. Hier könnte allenfalls eine stillschweigende Zustimmung der Wegepolizeibehörde[49]) zu einem derartigen Rechtserwerb in Frage kommen, wäre doch andernfalls Gutgläubigkeit des Erwerbenden hinsichtlich der Eigenschaft des Grundstücks als einer öffentlichen Sache nicht gut denkbar. Eine einzige Verfügung der Wegepolizeibehörde über den Weg würde im allgemeinen diese Gutgläubigkeit bereits zerstören. Aber wenn Sonderrechte an der Sache in einem derart weiten Umfange ersitzbar sein sollen, so ist es auch das Eigentum als das umfassendste „Sonderrecht" an einer Sache[50]). Es wäre dann in jedem Falle wiederum, in dem das Eigentum an einer öffentlichen Sache ersessen worden wäre, auch der Rückschluß möglich, daß stillschweigend die zuständige Verwaltungsbehörde dem zugestimmt hätte. In jedem der hier untersuchten Ersitzungsfälle[51]) wäre mithin die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen untergegangen. Zwar würde dies nicht durch die Ersitzung als solche geschehen. Grund für die Erledigung der Öffentlichkeitsqualität der Sache wäre vielmehr die stillschweigend erklärte Außerdienststellung durch die Verwaltungsbehörde, auf die allerdings erst durch die Ersitzung der Rückschluß möglich geworden war. Ob ein derartiger, hier nur rein konstruktiv gewonnener Schluß zulässig ist, wird noch einer eingehenden Untersuchung bedürfen[52]).

Außerdem wäre aber bei dieser Konstruktion noch folgendes zu beachten: Es ist bisher kein Grund genannt worden, der es ausschlösse, daß die Verwaltungsbehörde nunmehr ihrerseits den Beweis dafür antreten würde, sie habe einen derartigen Entwidmungswillen nicht gehabt. Dann hätte die Ersitzung nur privatrechtliche Bedeutung gegenüber dem bisherigen Eigentümer der öffentlichen Sache gehabt, den sie dann — aber nur ihn — aus seiner (privatrechtlichen) Stellung vertrieben hätte. Ein derartiges Ergebnis kann nicht befriedigen. Denn das die Rechtslage klärende und beruhigende Moment, das der Ersitzung innewohnt, würde hier vollkommen verlorengehen. An jeden derartigen Ersitzungsfall würde sich ein Rechts-

---

[49]) die in der Praxis auch durchaus anerkannt ist; s. PrOVG. in JW. 1934, 3167.

[50]) Zur Zulässigkeit eines solchen Schlusses s. Bovensiepen in DJZ 1913, 1200.

[51]) Das Gesagte muß dann gelten nicht nur für öffentliche Wege, sondern für alle öffentlichen Sachen; dies stellt wiederum einen zulässigen Schluß a maiore ad minus dar.

[52]) Hier zeigt es sich, daß — möglicherweise — der gute Glaube des Ersitzenden hinsichtlich der Zweckbestimmung der Sache — man beachte den Unterschied zwischen der bona fides in § 937 und § 945 BGB. — von nur nebensächlicher Bedeutung ist; das Wesentliche ist nach dem hier Gesagten der Entwidmungsakt der Behörde, der auch gegenüber einem hinsichtlich der bisherigen Öffentlichkeit der Sache Bösgläubigen vorgenommen werden kann. Wie sich die zuständige Verwaltungsbehörde bei diesen Ersitzungstatbeständen verhält, gibt hier den Ausschlag.

streit anknüpfen, in dem die Verwaltungsbehörde den eben genannten Nachweis zu führen sich bereit erklären würde. Das Nicht-Endgültige einer derartigen Lösung tritt klar zutage.

Eine solche Erörterung hätte auch übersehen, daß ein erheblicher Unterschied besteht zwischen dem hier zu untersuchenden Falle der Ersitzung des Eigentums und dem oben[53]) behandelten Tatbestande des Eigentumserwerbes durch Übertragung. Es sind deshalb folgende Gedankengänge anzuschließen:

Handelt es sich um die Ersitzung eines Grundstückes, etwa eines solchen, über das ein öffentlicher Weg führt[54]), so sind die Voraussetzungen des § 900 BGB. (vergleiche dazu auch § 90 GBO.) nur in den allerseltensten Fällen zu erfüllen. Besonders wichtig ist hierbei das Moment des Eigenbesitzes[55]). Dieser kann grundsätzlich[56]) nur mit dem — wenn natürlich auch nur konkludent ausgedrückten — Willen der Wegepolizeibehörde, d. h. allgemein der für die betreffende öffentliche Sache zuständigen (auch kirchlichen) Verwaltungsbehörde, erlangt sein[57]). Das ergibt sich vor allem daraus, daß der Eigenbesitzer die Sache als ihm gehörend besitzt; vergleiche § 872 BGB. Ohne diesen Zulassungswillen der Verwaltungsbehörde hätte daher die Ersitzung auch nicht zustandekommen können[58]). Denn wenn auch guter Glaube an das eigene Eigentum nicht zu den Voraussetzungen des § 900 BGB. gehört, er also mithin auch durch nichts zerstört werden kann, so hat doch die Wegepolizei den unein-

---

[53]) S. oben S. 22 ff., Teil II.

[54]) Die Erörterung beschränkt sich hier zunächst ganz bewußt darauf, den wegen der schwerer zu erfüllenden Voraussetzungen für den Sachbesitzer ungünstiger liegenden Tatbestand zu erörtern, daß das Eigentum an der Sache erst ersessen werden muß und gleichzeitig das rechtliche Schicksal der öffentlichen Sache in Frage steht. Der für den Besitzer weit günstiger liegende Tatbestand, daß er bereits Eigentümer ist (beispielsweise infolge einer im Teil II behandelten Übertragung) und als solcher lange Zeit ungestört bleibt, wird sich aus den Ergebnissen der hier zunächst geführten Untersuchung mit Leichtigkeit lösen lassen. S. dazu auch oben S. 53 ff.

[55]) S. hierzu Theobald 42.

[56]) Gewiß kann man auch gewaltsam — § 900 BGB. erfordert keinen guten Glauben — Eigenbesitz erwerben; indessen dürftes es damit infolge des alsbald zu erwartenden Einschreitens der Wegepolizeibehörde ein schnelles Ende nehmen.

[57]) S. dazu, daß derartige Besitzstände beim heutigen engen Zusammenleben und der großen staatlichen Machtfülle, auch der stets einmischungsbereiten Haltung der Verwaltungsbehörden zwar selten, aber noch durchaus möglich sind, Schüle, VerwArch. 39, 35, Anm. 252.

[58]) Es mag Fälle geben, in denen die Verwaltungsbehörde an der Zerstörung des Eigenbesitzes des Ersitzenden kein Interesse besitzt. Dann nämlich, wenn privatrechtlicher Eigentümer der Sache n i c h t der Staat, sondern eine Privatperson ist. Dann kann es der Verwaltungsbehörde an sich gleich sein, wer der Eigentümer ist, ob der Ersitzende oder die bisherige Privatperson. Jedoch sind diese Fälle selten. Im übrigen hätte die Behörde auch hier die Pflicht einzuschreiten, schon des Schicksals der öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Sache wegen. Einer besonderen Erörterung bedürfen daher diese Fälle nicht.

geschränkten Eigenbesitz des Ersitzenden während der ganzen Ersitzungszeit bestehen lassen. Indem sie dies tat, hat sie stillschweigend zu erkennen gegeben, daß sie mit dieser Innehabung des Eigenbesitzes durch den Ersitzenden einverstanden ist, obwohl es sich um eine öffentliche Sache handelte[59]).

Gleiches läßt sich auch hinsichtlich der Ersitzung beweglicher Sachen vorbringen, wenngleich hier die Ersitzungszeit erheblich kürzer ist. Außerdem ist aber bei den Mobilien ein weiteres Moment zu beachten: Die Ersitzung einer beweglichen Sache fordert guten Glauben des Ersitzenden hinsichtlich seines Eigentums, nicht nur hinsichtlich des Nichtbestehens irgendwelcher Lasten auf der Sache[60]). Dieser erstgenannte, in § 937 BGB. vorausgesetzte gute Glaube könnte aber jederzeit durch die zuständige Verwaltungsbehörde, die über die Erhaltung der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache zu wachen hat, durch eine bloße Mitteilung an den Ersitzenden oder durch eine die Sache betreffende Verfügung zerstört werden[61]). Damit

[59]) Darüber, daß die Verwaltungsbehörde zu ihrer Entlastung sich nicht darauf berufen kann, sie habe von dem Ersitzungstatbestande nichts gewußt, s. das Nähere unten.

[60]) welch letztere bona fides eben nur zur ersten hinzutreten kann, aber nicht immer vorhanden zu sein braucht.

[61]) Die Verwaltungsbehörde kann auch zu ihrer Entlastung nicht anführen, daß sie den Ersitzenden nicht gekannt habe. Als über den Staatsbürgern stehende Verwaltung hat sie einmal die Machtmittel in der Hand, um eine ausreichende Beaufsichtigung der ihr unterstehenden öffentlichen Sachen durchzuführen, mithin einen Fall wie den vorliegenden rechtzeitig zu erkennen. Außerdem aber hat sie auch die Pflicht, eine dementsprechende Beaufsichtigung dieser Sachen durchzuführen, um sie in ihrem Bestande zu erhalten. Nur wenn sie dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, kann es zur Ersitzung an der Sache kommen und ihr der Ersitzende gleichzeitig unbekannt bleiben. Die Verwaltungsbehörde würde sich demnach auf eine Pflichtwidrigkeit berufen, wenn sie ihre Unkenntnis des Ersitzenden zu ihrer Entlastung anführen wollte. Etwas Derartiges ist aber abzulehnen. Kenntnis der Verwaltungsbehörde von dem gesamten Ersitzungstatbestande ist daher in jedem Falle zu vermuten, und zwar unwiderlegbar. Das muß selbst für folgenden Fall gelten: Ein Militärrock ist vom Militärschneider, dem er zur Ausbesserung übergeben worden war, unterschlagen und verkauft worden. Trotz aller Bemühungen kann die Militärbehörde, die den Verlust alsbald bemerkte, den Käufer nicht ausfindig machen. Denn es ist nicht einzusehen, warum die mit allen öffentlichen Machtbefugnissen ausgestattete öffentliche Behörde ihr gesamtes Risiko dem Käufer soll aufbürden können. Es ist ungleich billiger, hier den Käufer zu schützen, der ja tatsächlich während seiner ganzen Ersitzungszeit durch keinen behördlichen Eingriff gestört wird. Im übrigen gilt letzten Endes das oben von der Pflichtwidrigkeit der Verwaltungsbehörde Gesagte auch hier: Die Behörde hat die Pflicht, ordentliche Mitarbeiter sich auszusuchen. Ist einer der ihr unmittelbar Untergebenen untreu, so kann sie sich hierauf nicht berufen. Es hätte ihr obgelegen, einen besseren Mitarbeiter an seiner Stelle einzustellen. Dieser Standpunkt rechtfertigt sich damit, daß die Interessen des gutgläubigen Käufers in gebührender Weise geschützt werden müssen. Seine Stellung ist bei einer anderen Beurteilung eine der der Behörde zukommenden gegenüber allzu sehr beschränkte. Es sei aber darauf verwiesen, daß § 31, Absatz I, des PrPVG. selbst den Polizeibehörden gegenüber eine derart scharfe Stellung einnimmt, indem er Polizeiverordnungen für unzulässig erklärt, die nur den Zweck haben, den

wäre jede Gefahr für die Zweckgebundenheit der öffentlichen Sache für die Zukunft beseitigt, da nunmehr die bereits begonnene Ersitzung mangels Gutgläubigkeit des Ersitzenden niemals mehr vollendet werden könnte. In dieser Weise wirkt sich hier der Satz aus, daß zwar eine formelle Außerdienststellung der beweglichen öffentlichen Sache nicht erforderlich ist, (abgesehen etwa von den res sacrae der katholischen Kirche, bei denen besondere Formen ausdrücklich vorgeschrieben sind), daß aber gegen den Willen der zuständigen Verwaltungsbehörde der Charakter der Sache als einer öffentlichen dieser nicht verloren gehen kann[62]). Zerstört nun aber die Verwaltung den guten Glauben des Ersitzenden nicht in der angegebenen Weise, so kann der Ersitzende daraus den Schluß ziehen, daß die Verwaltungsbehörde mit seiner Ersitzung des Eigentums an der öffentlichen Sache einverstanden ist, gleichviel, welche Wirkungen dies auch immer haben mag[63]).

Hat daher, ganz gleich, unter welchen Umtsänden, eine Ersitzung an einer öffentlichen Sache tatsächlich vollendet werden können, so ist das nach dem eben Erörterten in jedem Falle mit dem Willen und unter stillschweigender[64]) Zustimmung der zum konträren Eingreifen berechtigten und auch verpflichteten[65]) Behörde geschehen[66]). Denn das Unterlassen des die Ersitzung stets endgültig abschneidenden Eingreifens der Verwaltungsbehörde — etwa der Wegepolizei, vergleiche z. B. §§ 55 und 56 des preußischen Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 — während des ganzen langen Ersitzungszeitraumes muß in eine — konkludent erklärte — Zustimmung der Behörde zum Verhalten des Ersitzenden umgedeutet werden[67]). Ein derartiges Verhalten einer Verwaltungsbehörde läßt nur eine Auslegung zu: Die Verwaltung, die die Ersitzung an einer ihr unterstehenden öffentlichen Sache[68]) in Unkenntnis der besonderen Eigen-

---

Polizeibehörden ihre Aufsicht zu erleichtern. Auch daraus geht hervor, daß an diese Beaufsichtigungspflicht der Verwaltungsbehörden, auch hinsichtlich der öffentlichen Sachen, ein äußerst strenger Maßstab anzulegen ist. S. auch Theobald 42. Näheres s. im übrigen unten bei Behandlung der Verwirkung des Anspruches der Verwaltungsbehörde.

[62]) Theobald 59.

[63]) Daß eine derartige stillschweigende Einverständniserklärung überhaupt möglich ist, darüber s. insbesondere PrOVG. 76, 369 und PrOVG. 76, 378; auch RG. in GruchBeitr. 57, 187/8 und PrOVG. in JW. 1934, 3167.

[64]) Allerdings ist eine zweifelsfreie Deutlichkeit des Verhaltens zu verlangen; S. Gerber, VerwArch. 36, 45.

[65]) Dazu siehe oben S. 66, Anm. 61.

[66]) ebenso Nottebohm 699, allerdings mit nicht anzuerkennender Folgerung für den Fall, daß z. B. ein Wegegrundstück nicht nur in einem Teile, sondern in seinem ganzen Umfange ersessen wird; das pflichtgemäße Ermessen der Polizei kann auch den vollständigen Untergang des Gemeingebrauchs für richtig halten, nicht nur dessen Einschränkung; dagegen: Bering 39.

[67]) über die enge Verwandtschaft zwischen stillschweigender Genehmigung und Nichterhebung eines Einspruchs s. Jellinek, VR., 270.

[68]) Als über den Untertanen stehende Verwaltung muß sie stets alle Fälle dieser Art erkennen, denn sie hat die Möglichkeit, durch entspre-

schaft der Sache zuläßt, ist an dieser öffentlichen Sache uninteressiert[69]). Die von ihr zu vertretenden öffentlichen Belange waren[70]) derart unerheblich, daß sich die Verwaltungsbehörde zu einem die Ersitzung störenden Einschreiten nicht veranlaßt fühlte.

Nun braucht allerdings dieser die Ersitzung zulassende, aus der Sachlage gefolgerte Wille der zuständigen Verwaltungsbehörde nicht in jedem Falle zugleich ein Aufhebungs- und Entwidmungswille hinsichtlich der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen zu sein. Die Verwaltungsbehörde könnte die — zunächst nur privatrechtlich wirkende — Ersitzung des Eigentums an der öffentlichen Sache zulassen wollen, ohne daß sie zugleich gewillt ist, dadurch die Sache ihre besondere Eigenschaft als einer öffentlichen verlieren zu lassen. Anzuerkennen wird es dementsprechend auch sein[71]), daß an sich der non usus eines Rechtes und Anspruches[72]) nicht sofort die endgültige Aufgabe dieses Rechtes und Anspruches bedeutet[73]), außer bei etwaigen besonderen diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften.

Außerdem kommt hier hinzu, daß wir uns auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes bewegen. Das bedeutet vor allem die bereits gezeigte[74]) Unverjährbarkeit des Anspruches der Polizei, allgemein gesagt: der zuständigen Verwaltungsbehörde auf Erhaltung eines polizeimäßigen, d. h. die besondere öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung beachtenden Zustandes der Sache. Es ist mithin durchaus noch nicht endgültig entschieden, daß jede, von der zuständigen Verwaltungsbehörde zugelassene Eigentumsersitzung an der öffentlichen Sache zugleich die stillschweigend erklärte Zustimmung der Behörde zur Herausnahme der bisher öffentlichen Sache aus ihrem öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmungsverhältnis enthält.

§ 7.

Nun sind aber seit langem äußerst beachtliche Vorschläge[75]) gemacht worden, die Öffentlichkeit eines Weges nicht nach der mehr oder minder schwer nachweisbaren Widmung (im technischen Sinne) zu bestimmen, sondern an deren Stelle über die Öffentlichkeit eines Weges die Stärke der vorhandenen Benutzung des Weges im

---

chende Aufsicht sich darüber Kenntnis zu verschaffen; s. dazu den gleichen Gedanken in § 31, Absatz I PrPVG. vom 1. Juni 1931, der lautet: „Polizeiverordnungen dürfen nicht lediglich den Zweck haben, den Polizeibehörden die ihnen obliegende Aufsicht zu erleichtern."

[69]) S. dazu auch die Erwägungen Theobalds 42.

[70]) so darf bei einer solchen Sachlage der Ersitzende mit Recht folgern.

[71]) Oßwald 21.

[72]) womit hier der Anspruch der Verwaltungsbehörde gemeint ist, vom Sacheigentümer die Erhaltung eines der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache entsprechenden Zustandes zu verlangen.

[73]) Theobald 59; Oßwald 21; letzterer unter Hinweis auf Dig. 43, 11, 2 (Javolenus): „Viam publicam populus non utendo amittere non potest"; RGZ. 8, 157; PrOVG. bei Bochmann, III, 150/1; PrOVG. in JW. 1934, 3167.

[74]) S. oben S. 62 f.

[75]) Schultzenstein, VerwArch. 28, 181 ff.

Interesse der Allgemeinheit (d. h. im „Gemeingebrauch") entscheiden zu lassen[76]). Darin kann man die durchaus billigenswerte Absicht erkennen, einen Weg nicht länger in den durch seine Bestimmung zum öffentlichen enthaltenen Beschränkungen und Fesseln zu halten, als es im Interesse der Allgemeinheit erforderlich ist[77]). Ist der Gemeingebrauch an einem öffentlichen Wege erheblich zurückgegangen, so wird damit, — dies die Konsequenz aus der hier besprochenen Ansicht — wenn dieser Rückgang eine gewisse untere Grenze überschreitet[78]), aus dem bisher öffentlichen Wege ein nichtöffentlicher Privatweg. Dieser untersteht dann wieder der vollen, durch eine öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung nicht mehr eingeschränkten Verfügungsgewalt des Grundeigentümers. Danach wäre auch der vom Eigenbesitzer zu Eigentum ersessene Weg und jede andere öffentliche Sache[79]) nach Ersitzung des an ihr bestehenden privatrechtlichen Eigentums[80]) keine öffentliche Sache mehr. Wenn an einer öffentlichen Sache eine durch die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmte Ersitzung[81]) möglich war, so nur deshalb, weil das Maß, in dem die Sache während der ganzen Dauer der Ersitzungszeit dem Gemeingebrauche diente oder dem öffentlichen Dienste gewidmet war, nur ein äußerst kleines gewesen ist. Nur wegen der geringen Benutzung im Allgemeininteresse konnte der Ersitzende wie ein Eigenbesitzer jeder beliebigen anderen unbelasteten Sache mit der von ihm besessenen Sache ohne jede Beschränkung schalten und walten.

---

[76]) Man beachte allerdings den Widerspruch von Friedrichs, RuPrVBl. 42, 3 ff.

[77]) Schultzenstein, VerwArch. 28, 182 und außerdem folgendes: Nach Rey 117 werden die katholischen Kirchengebäude im Gebiete rheinischen Rechtes erst durch eine der kirchlichen Widmung entsprechende Verwendung, und nur solange diese dauert, zur res extra commercium. Das entspricht genau dem Schultzensteinschen Gedankengang.

[78]) Dies festzustellen, ist reine Tatfrage; s. Schultzenstein, VerwArch. 28, 181.

[79]) diese umsomehr, als sie vielleicht durch viel weniger solenne Indienststellungsformen als bei einem öffentlichen Wege zur öffentlichen Sache geworden ist, demnach auch wieder in erheblich einfacherer Weise als ein öffentlicher Weg zur nicht-öffentlichen Sache werden kann; s. in diesem Zusammenhange die oben S. 8 f. gemachten Ausführungen.

[80]) Des Zusatzes „in Unkenntnis ihrer Zweckbestimmung" bedarf es im vorliegenden Zusammenhange nicht. Auf den guten Glauben des Ersitzenden kommt es im Zusammenhange mit der hier besprochenen Schultzensteinschen Theorie nicht an, da sie auf rein objektiven Gesichtspunkten basiert. Daraus ergibt sich aber auch zugleich die Maßlosigkeit dieser Lösung. Sie erfaßt einen ohne Grund zu weit gespannten Kreis von Tatbeständen. Dies ist einer der Gründe, der zu ihrer — weiter unten ausgesprochenen — Ablehnung führt. Welche Bedeutung gerade dem beschränkenden Moment der Gutgläubigkeit, d. h. Ersitzung in Unkenntnis der Öffentlichkeitsqualität der Sache, beizumessen ist, wird sich später bei Behandlung der Verwirkung erweisen.

[81]) d. h. daß es sich nicht etwa um eine auf öffentlichem Rechte beruhende, besonders geregelte Ersitzung handelte.

Gleiche Gedanken wie von Schultzenstein sind auch sonst bereits vorgetragen worden und haben Anerkennung gefunden. Jedoch ist man fast stets aus tatsächlichen Erwägungen — die letztlich immer den Ausschlag werden geben müssen — vor der letzten Konsequenz zurückgeschreckt[82]). Generell hat man jedoch anerkannt, daß die Bewilligung der Obrigkeit zu einem den Gemeingebrauch einschränkenden Privatrechte[83]) auch stillschweigend erfolgen kann durch langdauernde Duldung seitens der zuständigen Behörde, die zum konträren Einschreiten berechtigt und verpflichtet gewesen wäre[84]). Der Gemeingebrauch, das Im-Öffentlichen-Dienste-Stehen der Sache ist in einem solchen Falle derart bedeutungslos gewesen, daß die Verwaltungbehörde gegen privatrechtlich begründete Übergriffe in eben dieses Gebiet des Gemeingebrauches nichts mehr einzuwenden hatte[85]). Wenn nun auch einzelne Schriftsteller[86]) eine solche stillschweigende Außerdienststellungserklärung der zuständigen Verwaltungsbehörde abzulehnen scheinen, so doch stets nur[87]) wegen der besonderen tatsächlichen Umstände[88]) des von ihnen behandelten Falles[89]). Nach dem hier Erörterten kann aber ein begründeter Zweifel daran nicht mehr bestehen, daß Duldung und Nicht-Inanspruchnahme für den öffentlichen Dienst oder den Gemeingebrauch während der ganzen Ersitzungszeit die stillschweigend zum Ausdruck gekommene Entwidmung oder — im Hinblick auf alle öffentlichen Sachen gesagt — die stillschweigend bekundete Außerdienststellungserklärung der bisher öffentlichen Sache bedeuten[90]).

---

[82]) PrOVG. 69, 331; PrOVG. in RuPrVBl. 17, 79; RG. in RuPrVBl. 10, 532; RG. bei Stölzel 196.

[83]) also auch dem Eigentumsrechte an der Sache als dem umfassendsten dieser Rechte.

[84]) S. Gerber 51 und die dort angezogenen Urteile. Über das unsichere Schwanken der Ansichten s. Theobald 60 im Vergleich mit 59; s. hierzu auch das oben S. 67, insbesondere bei den Anmerkungen 63 ff. Gesagte.

[85]) auf Grund des ihr zukommenden freien Ermessens auch keine Veranlassung mehr zu solchem Einschreiten findet.

[86]) z. B. Almsick 83; Seydel bei Germershausen 101.

[87]) ausdrücklich geben sie das meistens allerdings nicht zu.

[88]) Daß hierauf geachtet wird, ist keineswegs unrichtig. Denn nicht rechtliche Gründe sind dafür maßgebend, wann die bisher öffentliche Sache wieder für den öffentlichen Dienst gebraucht wird, sondern allein das tatsächliche Bedürfnis nach dem weiteren öffentlichen Dienste gerade dieser Sache ist entscheidend. Abgelehnt soll diese Betrachtungsweise keineswegs werden. Es soll hier nur gesagt werden, daß die genannten Schriftsteller Bedenken gegen die im Text vertretene Ansicht, die Anspruch auf allgemeine Beachtung hätten, nicht dartun.

[89])Der z. B. seit Menschengedenken geduldete Vorbau an einem Hause stört den lebhafter gewordenen Verkehr. Der Ersitzungserwerb ist noch nicht endgültig geworden, mithin noch nicht unangreifbar (s. Seydel bei Germershausen 101). Von einem Nicht-Benötigen dieses Wegeteils kann deshalb in diesem Augenblicke, der zeitlich noch vor Vollendung der Ersitzung liegt, nicht mehr die Rede sein.

[90]) Dieses Nichteingreifen der Verwaltungsbehörden besitzt hinreichend die in PrOVG. 83, 242 geforderte Deutlichkeit der Erklärung: vgl. Theobald 59/60; s. auch Martin Wolff, SR., Anm. 2 zu § 71.

Damit stimmt es vollkommen überein, daß bei der Ersitzung von Grundstücken[91]) ein Zeitablauf von 30 Jahren erforderlich ist, dagegen bei beweglichen Sachen nur 10 Jahre zu verstreichen brauchen[92]), weil im letzteren Falle die Zweckbestimmung der Sache doch nicht eine so starke, der Sache so intensiv anhaftende ist[93]) und daher dann auch leichter beseitigt werden kann[94]). Die Ersitzung einer öffentlichen Sache, gleich nun ob in Kenntnis oder in Unkenntnis ihrer Zweckgebundenheit[95]), beseitigt nach dieser Beweisführung die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung der Sache[96]). Es liegt eine stillschweigende Außerdienststellungserklärung der zuständigen Verwaltungsbehörde vor[97]), worunter hier neben den staatlichen oder kommunalen auch die kirchlichen Verwaltungsbehörden mit zu verstehen sind. Letztgenannte Behörden haben hiernach keinen Anspruch mehr darauf, daß der Ersitzungseigentümer seine Sache in einem ihrem Charakter als öffentlicher Sache entsprechenden Zu-

---

[91]) wo meistens, wie z. B. bei öffentlichen Wegen, die Widmung der Sache besonders stark anhaftet.

[92]) ob diese starren privatrechtlichen Fristen vollkommen verstrichen sein müssen oder nicht, um eine stillschweigende Entwidmung anzunehmen, darüber siehe das Nähere unten.

[93]) Es bedarf im Interesse der Rechtseinheit und Rechtssicherheit einer Generalisierung der Bedeutung der beweglichen öffentlichen Sachen für die Allgemeinheit. Es ist davon auszugehen, daß bewegliche Sachen grundsätzlich bei ihrem Verluste erheblich leichter zu ersetzen sind als Grundstücke, die oft schon wegen ihrer besonderen örtlichen Lage für die Allgemeinheit höchsten Wert besitzen.

[94]) Hiermit sind zunächst die privatrechtlichen Fristen von 30 und 10 Jahren analog für das öffentliche Recht angewendet worden. Über die Zulässigkeit eines derartigen Verfahrens s. Jellinek, VR., 153. Diese Fristenfrage bedarf genauester Erörterung. Dies braucht jedoch im vorliegenden Falle noch nicht zu geschehen. Denn hier ist das Maßgebliche die aus allen Umständen des Falles entnommene stillschweigende Außerdienststellungserklärung, aber nicht der Zeitablauf als solcher. In diesem Zusammenhange genügt die nur als äußerster Anhaltspunkt gedachte Verweisung auf die genannten privatrechtlichen Fristen. Die Untersuchung des genannten Fristenproblems wird am gegebenen Orte folgen.

[95]) S. hierzu S. 69, Anm. 80.

[96]) Ausdrücklich dagegen Kempke 29 bis 34; Oßwald 24 bis 36; beide indessen ohne Begründung; was letzterer über die Wirkung des non usus auf S. 21 sagt, wurde bereits oben S. 68 beachtet; dagegen auch Nottebohm 699, der aber — wenn auch unter richtiger Würdigung des Verhältnisses von öffentlichem und privatem Rechte — doch die Bedeutung des hierbei vorliegenden langen Zeitablaufes verkennt; ebenso Wex 283; vorsichtig Kormann, Veräußerungsbeschr. 156; entschieden dagegen Anm. 3 daselbst; vgl. auch S. 104/5 ebendort; zustimmend Martin Wolff, SR., Anm. 2 zu § 71, allerdings nur für den Fall der Gutgläubigkeit: „. . . ist anzunehmen, daß die Ersitzung der öffentlichen Sache in Unkenntnis ihrer Zweckgebundenheit diese Gebundenheit beseitigt . . . Es ist angemessen, eine 10-jährige Nicht-Inanspruchnahme für den öffentlichen Dienst einer Entwidmung gleichzubehandeln."

[97]) Darüber, daß diese Außerdienststellung und nicht die bona fides des Ersitzenden das hierbei Wesentliche ist, s. oben S. 64, Anm. 52; wenn das Eigentum an einer öffentlichen Sache ersessen ist, kann mit — ziemlicher — Sicherheit angenommen werden, daß inzwischen der Außerdienststellungsakt stattgefunden hat; s. hierzu auch oben Anm. 94.

stande erhalte. Dies scheint der eben angetretene Beweis mit Sicherheit zu ergeben.

§ 8.

Indessen hat man seit langem an dem völlig befriedigenden Charakter dieser Lösung gezweifelt[98]). Eine Lösung, die auf einer konkludenten Willensäußerung aufbaut, mag für das Gebiet des Privatrechtes ausreichen; im Gebiete des öffentlichen Rechtes ist sie angreifbar. Dies gilt insbesondere deshalb, weil das öffentliche Recht das Recht der Formstrenge ist und auch bereits in einzelnen Fällen der vorliegenden Untersuchung, z. B. bei der Endigung eines bisher öffentlichen Weges, ein formell zum Ausdruck gekommener Entwidmungswillen gefordert wird[99]). Ob einem solchen öffentlichrechtlichen Erfordernis durch die zuletzt behandelte stillschweigende Außerdienststellungserklärung der zuständigen (auch kirchlichen) Verwaltungsbehörde, durch ihr schlüssiges Verhalten und die dadurch bezeugte Nicht-Erhebung eines Einspruches Genüge geleistet wird, ist zweifelhaft. Insbesondere spricht gegen die Annahme einer stillschweigenden Außerdienststellungserklärung der zuständigen Verwaltungsbehörde auch die Tatsache, daß mit einem derartigen Beweise nicht nur das Erlöschen der Öffentlichkeitsqualität gegenüber einem Gutgläubigen, sondern auch gegenüber einem bösgläubigen Eigentumsersitzenden nachgewiesen werden kann[100]). Der Kreis der von dieser Beweismöglichkeit ergriffenen Fälle ist demnach derart groß, daß bereits diese Maßlosigkeit des Beweises Bedenken erwecken muß. Dies umsomehr, als die bisherige Untersuchung zwar Momente ergeben hat, die ein Erlöschen der Öffentlichkeitsqualität zugunsten eines in dieser Hinsicht G u t g l ä u b i g e n rechtfertigen könnten, aber nicht ein einziger Umstand dafür gesprochen hat, daß das Gleiche für einen in dem bezeichneten Sinne Bösgläubigen gilt.

Die hier sich ergebenden Bedenken werden zur Gewißheit durch folgende Überlegung: Gegen die stillschweigende Außerdienststellungserklärung spricht wie gegen die Annahme jeder stillschweigenden Willenserklärung, daß das subjektive Verhalten des Rechtsinhabers (d. h. hier der Verwaltungsbehörde) auszulegen ist, während dem Urteilenden nur die äußeren Umstände als angebliche Ergebnisse einer bestimmten subjektiven Einstellung des Rechtsinhabers bekannt sind[101]). Für das Gebiet des Privatrechtes mögen diese Bedenken zu überwinden sein[102]). Im öffentlichen Rechte muß

---

[98]) Vgl. z. B. die Zweifel bei Almsick 83; Seydel bei Germershausen 101; Kempke 29 bis 34; Oßwald 21 bis 36; insbesondere auch Heinemann 670; vgl. aber auch RG. in GruchBeitr. 57, 187/8 und PrOVG. 76, 370.

[99]) S. oben S. 39 f. und S. 63 ff.

[100]) S. oben S. 69, Anm. 80.

[101]) S. hierzu Schüle, VerwArch. 39, 37.

[102]) S. hierzu aber auch das Bestreben des BGB., den Kreis der stillschweigend erklärten Willensäußerungen zu beschränken; s. hierzu Enneccerus-Nipperdey, § 144, III.

aber die Annahme einer stillschweigenden Außerdienststellungserklärung bei der — im Gegensatz zum Privatrechte — durch keine bestimmten Rechtsverhältnisse eingeschränkten Vielzahl der Möglichkeiten in der Mehrzahl der Fälle auf eine Fiktion des stillschweigend zum Ausdruck gekommenen Willens hinauslaufen[103]). Damit ist aber die Unbrauchbarkeit und Unzuverlässigkeit dieses Beweises für den Untergang der Öffentlichkeitsqualität der Sache mit einer stillschweigenden Außerdienststellungserklärung der Verwaltungsbehörde erwiesen. Trotz der allgemeinen Billigung dieses Beweises in Literatur und Rechtsprechung[104]) muß er daher als untauglich abgelehnt werden. Es geht nicht an, die Rechtslage von vornherein dadurch zu Ungunsten der Verwaltungsbehörde zu gestalten, daß man einen den Interessen der Behörde zuwiderlaufenden, angeblich von ihr selbst stammenden Willen fingiert. Dies um so weniger, als der Kreis der hiervon betroffenen Tatbestände unbegrenzt groß sein würde.

Das Problem, ob die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen durch Ersitzung des an ihr bestehenden Eigentums in Unkenntnis dieser besonderen Eigenschaft untergeht oder nicht, ist mithin noch ungelöst.

Jedoch lassen die Urteile, die von einer stillschweigenden Außerdienststellungserklärung der zuständigen Verwaltungsbehörde sprechen, ein hinter diesem Ausdruck stehendes allgemeines Prinzip erkennen: den Grundsatz von Treu und Glauben. Man scheut sich nur im allgemeinen, dieses sich auch gegenüber der Formstrenge des öffentlichen Rechtes erfolgreich behauptende Prinzip zu nennen, da es anerkanntermaßen nur subsidär anzuwenden ist[105]).

Es bedarf in einer Zeit, die die Einheit alles Rechtes zu betonen sehr geneigt ist[106]), keines Beweises mehr für die auch allgemein anerkannte[107]) Meinung[108]), daß der allgemeine Rechtsgedanke von Treu

---

[103]) So Schüle aaO.; Siebert, Verwirkung. 27 für — privatrechtlich gesprochen — die Fälle des „stillschweigenden Verzichtes"; Siebert, JW. 1933, 1268; s. auch Jellines in RuPrVBl. 52, 807.

[104]) S. hierzu Jellinek, VR., 270/1; RG. in Gruch. Beitr. 57, 187/8; PrOVG. 76, 369/70, insbesondere auch PrOVG. 76, 378; PrOVG. in JW. 1934, 3167.

[105]) so Schüle, VerwArch. 38, 434.

[106]) S. hierzu Fleischmann 740; Friedrichs, ArchÖffR. 40, 347; Benkendorff in JW. 1933, 2871.

[107]) S. zum folgenden grundsätzlich: Hamburger, LZ. 1931, 1439 ff.; Scholz, RuPrVBl. (1934) 55, 236 ff.; Jellinek, RuPrVBl. 52, 805 ff.; man übersehe allerdings auch nicht die Einwendungen von Schüle, VerwArch. 38, 401/2, der 404 wegen der gewichtigen Gegenmeinungen allerdings selbst am Erfolge derartiger Einwände zweifelt; s. auch den Widerspruch von Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, besonders 44 und 64; das erste Eintreten für die Anwendbarkeit von Treu und Glauben im öffentlichen Rechte finden wir bei Laband in DJZ. 1904, 324 bis 326; zustimmend auch Mohn 307 unter zutreffender Zitierung von RGZ. 113, 19 bis 24; Hamburger, Treu und Glauben, 9 und 60; Benkendorff, JW. 1933, 2871; Gowa

und Glauben auch im öffentlichen Rechte Anwendung zu finden hat, soweit nicht deutliche, im öffentlichen Rechte selbst begründete Hindernisse dem entgegenstehen. Derartige Hindernisse — ob sie gegeben sind, ist stets im einzelnen Falle zu prüfen — sind nach übereinstimmender Ansicht vor allem Sondervorschriften, die eine abschließende Regelung enthalten und demgemäß für die Anwendung von Treu und Glauben keinen Raum mehr lassen. Gegen die Anwendung von Treu und Glauben auch im öffentlichen Rechte kann dann aber weiter die gesamte Sachlage eines Falles insofern sprechen, als bei Anerkennung der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben lebenswichtige öffentliche Interessen[109]) keine Berücksichtigung finden würden[110]).

Sondervorschriften, die einer Anwendung von Treu und Glauben im Gebiete der vorliegenden Untersuchung im Wege stehen könnten, kennt das Recht der öffentlichen Sachen nicht.

Aber auch davon, daß bei Anerkennung der Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben für den Fall der gutgläubigen Ersitzung einer öffentlichen Sache bedeutsame und daher unbedingt berücksichtigenswerte öffentliche Interessen auf dem Spiele ständen, kann nicht in jedem Falle die Rede sein[111]). Doch darf man bei der An-

---

30 ff.; PrOVG. 82, 305; 83, 144 bis 150; 84, 301; 87, 140; 88, 121; 88, 254/5.

Nach Zinser 55 gilt der Grundsatz von Treu und Glauben auch im öffentlichen Rechte als ein aus Sitte, Kultur und Rechtsentwicklung sich ergebender, allgemeine Geltung beanspruchender Rechtssatz!

Auf die Zulässigkeit der Anwendbarkeit von Treu und Glauben im öffentlichen Rechte wegen der anfänglichen Ungetrenntheit von privatem und öffentlichem Rechte und die daraus herrührenden Mischgebilde verweist Rehme 391; Hübner 17/8; Küchenhoff 276.

Beachtung der aus der Natur des öffentlichen Rechtes sich ergebenden Beschränkungen und Besonderheiten fordern RGZ. 113, 81; Siebert, Verwirkung, 125/6; Gowa 75; Rocholl 58 bei sonstiger Anerkennung der Geltung von Treu und Glauben auch im öffentlichen Rechte.

Zustimmend auch — und sehr ausführlich — Siebert, Verwirkung, 125/6 mit weiterer Literatur in Anm. 43. Er betont besonders die Schranken, die sich aus der Notwendigkeit der Beachtung des öffentlichen Interesses (soweit es erheblich ist) ergeben. Im übrigen weist er auf den sich hier auswirkenden Gedanken der Einheit der Rechtsordnung hin.

[108]) Daß meistens diese Meinung im Zusammenhang mit steuer- und beamtenrechtlichen Fragen vertreten wird, ist unbeachtlich. Wollte man danach im öffentlichen Rechte verschiedene Gebiete trennen, so würde man schließlich in den alten Fehler verfallen, Privatrecht und Vermögensrecht gleichzusetzen und deshalb in diesen Gebieten des öffentlichen Rechtes den Grundsatz von Treu und Glauben nur deshalb anwenden lassen, weil es sich um vermögensrechtliche, daher privatrechtliche Fragen handelt.

[109]) Öffentliches Interesse ist „die Zweckbestimmung für das Allgemeine, das Soziale, Kollektive": Gowa 39.

[110]) An Entscheidungen hierzu seien besonders genannt: PrOVG. in DJZ. 1931, 774 f.; PrOVG. 82, 315; 83, 144; 84, 303; RGZ. 113, 24; RGZ. 113, 81/2; RG. in JW. 1931, 735 ff.; RG. in JW. 1927, 2186.

[111]) Es kann nicht unter allen Umständen von einem „Primat des öffentlichen Intersses" gesprochen werden; s. Schüle 433; s. aber auch Gowa 75.

wendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rechte der öffentlichen Sachen ihn nicht in allen Fällen sich in voller Schärfe gegen das Interesse des Gemeinwesens auswirken lassen, wenn nur von irgendeinem Gesichtspunkte aus das Interesse des Einzelnen das überwiegende zu sein scheint. Es bedarf vielmehr in jedem Falle eines genauen Abwägens zwischen den beteiligten Belangen des Einzelnen und der Allgemeinheit[112]). Nur wenn ein derartiger Vergleich unzweifelhaft zugunsten des Einzelnen ausschlägt, darf man ihm das Recht geben, den Anspruch der öffentlichen Gewalt unter Berufung auf Treu und Glauben zurückzuweisen[113]). Dies vorausgeschickt, sind auch die folgenden Ausführungen zunächst nur von grundsätzlicher Bedeutung; daß Ausnahmen denkbar sind, ist stets zu beachten.

Wie bereits oben[114]) gezeigt wurde, ist in dem Falle, in welchem eine Ersitzung einer öffentlichen Sache möglich war, die Beteiligung und das Interesse der zuständigen Verwaltungsbehörde an dem rechtlichen und tatsächlichen Schicksal der Sache regelmäßig unerheblich gewesen. Demnach kann von einem Vorrange, einem „Primat" des öffentlichen Interesses[115]) bei einer öffentlichen Sache, die überhaupt ersessen werden konnte[116]), im allgemeinen nicht gesprochen werden. Grundsätzlich scheint hier das Individualinteresse des Ersitzenden mehr zu wiegen als das öffentliche Interesse an dem Fortbestehen der Zweckbestimmung der bisher öffentlichen Sache. Das ergibt insbesondere auch die Erwägung, daß das gesamte Rechtsinstitut der Ersitzung Ausfluß einer konservativen Rechtsidee ist, die bezweckt, in verworrene oder zumindest unklar gewordene Rechtsverhältnisse Klarheit zu bringen und endgültig bestehenbleibende Zustände zu schaffen. Man könnte im Zusammenhange mit dem über die Interessenlage Gesagten daher auch aus diesem Grundzweck der Ersitzung folgern, daß derjenige, der die bisher öffentliche Sache in gutem Glauben ersessen hat, nunmehr nach Vollendung der Ersitzungszeit

---

[112]) Man will dabei gelegentlich sogar nach dem Werte, den die betreffende Sache für die öffentliche Körperschaft besitzt, unterscheiden. S. Bekker, Pandekten, Band I, S. 334. Die praktische Anwendung dieses Gedankens finden wir im preußischen Gesetz über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. Juli 1924, nach dem die Genehmigung der Staatsbehörden notwendig ist zu Veräußerungen von Gegenständen, die einen geschichtlichen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Wert haben. Hier sei gleich bemerkt, daß derartige Abwägungen naturgemäß äußerst schwierig sind und viel Konfliktsstoff darbieten. Die weitere Untersuchung muß zeigen, ob auch ohne eine derartige Unterscheidung des Wertes der öffentlichen Sachen eine Lösung des Problems möglich ist.

[113]) S. darüber, daß die Wahrung des öffentlichen Interesses stets der Leitgedanke sein muß, Praun 8; Poetzsch-Hefter 741; Hamburger in JW. 1932, 2706.

[114]) S. oben S. 67 f.

[115]) Hamburger, LZ. 1931, 1444; s. auch Schüle 433.

[116]) Im oben unter II. (S. 22 ff.) behandelten Falle der Übertragung des Eigentums an der öffentlichen Sache war — anders als im hier behandelten Ersitzungsfalle — das in jedem Fall vorhandene Überwiegen des öffentlichen Interesses zu bejahen; s. dazu oben S. 52.

einen billigenswerten „Anspruch" darauf hat, daß ihm gegenüber der während der ganzen Ersitzungszeit bestehende ruhige und durch keine Inanspruchnahme als öffentliche Sache gestörte Besitzstand erhalten bleibt[117]). Ihm gegenüber scheint nunmehr die öffentliche Gewalt zu einem „civiliter uti" ihrer Machtbefugnisse verpflichtet zu sein[118]). Auch insoweit bedarf es jedoch noch einer genaueren Untersuchung.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß auf den hier zu untersuchenden Tatbestand der Ersitzung einer öffentlichen Sache in Unkenntnis dieser ihrer besonderen Eigenschaft der Grundsatz von Treu und Glauben Anwendung finden darf, obwohl die maßgebenden Normen für die Frage, ob die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen durch die in dem oben bezeichneten Sinne gutgläubige Ersitzung untergegangen ist oder nicht, solche des öffentlichen Rechtes sind.

Es bedarf dann noch der Feststellung, welcher der vielen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr entnommenen Gedanken im vorliegenden Ersitzungsfalle den Untergang der bisherigen Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen möglicherweise zu begründen vermag[119]).

Dem bisher mit dem Hinweise auf einen stillschweigenden Entwidmungs- und Außerdienststellungsakt der zuständigen Verwaltungsbehörde eingeschlagenen, hier aber bereits abgelehnten Beweise am nächsten kommt der auch aus dem Grundsatze von Treu und Glauben abzuleitende Gedanke des Verbotes des venire contra factum proprium[120]), dem Institut, das besonders im englischen equity-Recht im Gedanken des estoppel[121]) zur Ausprägung gekommen ist. Auch dieser Beweismöglichkeit könnte jedoch entgegengehalten werden, daß sie zwar dem auch im öffentlichen Rechte anwendbaren Grundsatze von Treu und Glauben entstamme, daß sie aber allzu privat-

---

[117]) S. Praun 30.

[118]) S. Tezner, Freies Ermessen, 48.

[119]) Darüber, daß immer auf ein solches Rechtsinstitut zurückzugehen ist, s. Jellinek, RuPrVBl. 52, 807 und Ipsen 101.

[120]) Riezler 117; Krause 164 ff.; dazu, daß der Satz: „venire contra factum proprium nulli conceditur" schließlich auch zur Rechtfertigung des Verwirkungsgedankens (s. unten) herangezogen werden kann, s. Bank in JW. 1934, 2437 f.; allgemein auch Makulik 9/10.

[121]) durch ein bestimmtes Verhalten ist dem Betroffenen zunächst rein verfahrensrechtlich, später aber auch materiellrechtlich „der Mund gestopft"; s. hierzu Ipsen 100/1; Everest and Strode's Law of Estoppel S. 3 ff. insbesondere; Riezler 98; für das Gebiet des öffentlichen Rechtes Kluckhohn in JW. 1934, 2379; Bank in JW. 1934, 2347 f.; Martin Wolff, SR., § 153 b, Anm. 22 unter berechtigter Zusammenstellung dieses Gedankens mit der Aufwertungsverwirkung; gute Darlegung des estoppel-Rechtes auch bei Siebert, Verwirkung, 43 ff.; Siebert verweist S. 50 aaO. darauf, daß estoppel zunächst ein prozessualer Satz des Beweisrechtes ist; er umschreibt aaO. S. 52 des Gedanken des estoppel als ein „Nichtberufen-Können" auf ein Handeln, weil ein anderer dadurch zu einem rechtserheblichen Handeln veranlaßt (verleitet) worden ist; weitere Literatur bei Siebert aaO. 43, Anm. 67.

rechtlich gedacht sei[122]). Sie könne deshalb gegenüber dem Verhalten einer Verwaltungsbehörde nur dann Anwendung finden, wenn, wie etwa im Steuerrecht[123]), besondere öffentlich-rechtliche Normen die Anwendung eines derartigen Rechtsgedankens vorschreiben.

Diesem Vorwurfe, man wolle im öffentlichen Rechte Rechtsgedanken zur Anwendung bringen, die zwar aus dem allgemeinen Rechtsgedanken von Treu und Glauben abgeleitet seien, denen aber doch allzu deutlich ihre singuläre privatrechtliche Natur noch anhafte, wird man ausweichen müssen. Es wird dies dann gelingen, wenn man den aus Treu und Glauben abgeleiteten Rechtsgedanken derart weit faßt, daß auch seiner Anwendung im Gebiete des öffentlichen Rechtes keinerlei Einwendungen mehr entgegengesetzt werden können. Dieser notwendig zu erfüllenden Forderung entspricht aber — zunächst jedenfalls — der Rechtsgedanke der Verschweigung[124]).

Daß dieser ebenfalls aus dem Grundsatze von Treu und Glauben im Rechtsleben fließende Rechtsgedanke[125]) weiter gefaßt ist als alle bisher genannten, ist leicht zu erkennen. Sowohl die bereits als unanwendbar bezeichnete Idee des stillschweigenden Verwaltungs- bzw. Entwidmungsaktes als auch der Gedanke des Verbotes des venire contra factum proprium lassen sich der Idee der Rechtsverschweigung zwanglos unterordnen. Denn diese behauptet nichts weiter, als daß die Möglichkeit, ein Recht oder einen Anspruch auszuüben, durch das Untätigsein während langer Zeit ausgeschlossen

[122]) Lehmann 102 macht den Einwand, daß das Venireverbot zu eng sei und nicht alle denkbaren Fälle umfasse. Hierauf braucht nicht eingegangen zu werden, da dieser Grundsatz im vorliegenden Zusammenhange ja doch nicht zum Zuge kommt.

[123]) S. dazu Heinemann 670; Gowa 36.

[124]) Über diesen Gedanken: Jellinek, RuPrVBl. 52, 807 am Ende; sehr ausführlich Krause 171 ff.; Hübner 16/7; Schwerin, Privatrecht, 85/6; s. auch Graf-Dietherr, S. 105, Sprichwörter Nr. 238, 239, 241, 242: „Wer schweigt, der genehmigt"; „Schweigst Du still, so ist's Dein Will"; „Schweigendem Mund ist nicht zu helfen"; „Es mag einer seine Sache wohl verschweigen, wenn er will"; gegen eine allzu schrankenlose Ausdehnung dieses Gedankens Kormann, Annalen 1912, 123; über die Bedeutung des Zeitablaufes im älteren deutschen Recht und insbesondere die Verschweigung s. Planitz 17. Ein Wort zum Sprachgebrauch! Auch Hedemann, Generalklauseln, 64, Erdmann 12 und 51 ff., RWG. in DJZ. 1932, 740, schildern offenbare Verschweigungsfälle, sprechen aber von „Verwirkung". Daher zur Klarstellung folgendes: Von „Verschweigung" ist dann zu sprechen, wenn jemand in gewisser Frist ein ihm offenkundiges Rechtsverhältnis nicht anficht, obwohl er dazu berechtigt wäre. Ist die Frist verstrichen, so ist er seines Anfechtungsrechtes verlustig gegangen. Wollte er nunmehr sein Recht noch geltend machen, so verstieße er damit gegen Treu und Glauben. (Zum Begriffe der Verschweigung s. Endemann, HWdRW. 635; Gierke, DPr. I, 311 ff. und auch II, 524 ff., auch 535; Immerwahr 13 ff.) „Wer sich nicht regt, verschweigt sein Recht" (so Endemann, DJZ. 1928, 695). Von „Verwirkung" dagegen darf nur dann gesprochen werden, wenn jemandem ein Recht aberkannt wird, weil er bestimmte, ihm obliegende Pflichten nicht erfüllt hat (s. etwa BGB. § 1680); Näheres hierzu s. auch unten.

[125]) Zu den Voraussetzungen der Verschweigung im einzelnen s. Krause 172 ff.

werden kann, insbesondere dann, wenn nach den gesamten Umständen des Falles die Möglichkeit bestand, von dem der Verschweigung unterliegenden Tatbestand Kenntnis zu erlangen[126]). Eine solche verspätete Geltendmachung würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Bemerkt werden muß jedoch, daß hier das Hauptgewicht n i c h t auf der Feststellung liegt, daß die das Recht oder den Anspruch habende Partei gegen einen ihrem Anspruche widersprechenden Zustand nicht eingeschritten ist, sondern daß bei der Verschweigung dem Zeitablauf als solchem Bedeutung beigemessen wird. Gegen die Anwendung eines solchen Rechtsgedankens, der seine Berechtigung herleitet aus dem alles durchdringenden Grundsatz von Treu und Glauben auch im öffentlichen Rechte können Bedenken irgendwelcher Art nicht mehr bestehen. Der Einfluß des Zeitablaufes ist im öffentlichen Rechte ebenso anzuerkennen wie im Privatrecht. Abgesehen davon kann aber die Zulässigkeit des Verschweigungsgedankens auch im öffentlichen Rechte damit bewiesen werden, daß man daran erinnert, daß die Verschweigung ein germanischem Rechtsgute entstammender Rechtsgedanke ist[127]). Man erkannte mithin die rechtsvernichtende Wirkung der Verschweigung schon zu einer Zeit an, die einen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Rechte im heutigen Sinne nicht machte[128]).

Es ist daher auch bei der vorliegenden Untersuchung zu prüfen, ob sich die zuständige (auch kirchliche) Verwaltungsbehörde nicht mit ihren Ansprüchen auf Erhaltung der Öffentlichkeit der Sache während der Zeit, in der die Ersitzung des Eigentums an der Sache möglich war, verschwiegen hat. Dem steht es auch nicht entgegen, daß jedenfalls für das Gebiet des Preußischen Allgemeinen Landrechts[129]) eine positive Regelung dahin besteht, daß die Verfügungsgewalt der Polizei, d. h. allgemein: der zuständigen Verwaltungsbehörde über die öffentliche Sache weder durch Verjährung noch durch andere privatrechtliche Titel erlischt. Die hieraus sich ergebende Unzulässigkeit einer sogenannten usucapio libertatis[130]) widerspricht der bisher auch im Gebiete des Rechtes der öffentlichen Sachen als zulässig anerkannten Anwendbarkeit des Grundsatzes von

---

[126]) Was hierzu hinsichtlich einer Verwaltungsbehörde zu sagen ist, s. oben S. 66, Anm. 61.

[127]) Gierke, DPr. I, 311 ff.

[128]) Radbruch 74; s. auch Rehme, der allerdings betont, daß das Fehlen des Unterschiedes nur ein rechtssystematischer Mangel war, der aber nicht beweist, daß auch das deutsche Rechtsdenken einen solchen Unterschied nicht machte; Hübner 245 betont demgegenüber ohne jede Einschränkung die im deutschen Recht vorhandene ursprüngliche Einheit von öffentlichem und privatem Rechte; er begründet seine Ansicht aaO. 17/8 ausführlich mit den sozialen Verhältnissen der Frühzeit und des Mittelalters.

[129]) S. Preußisches ALR. § 2 II 15; s. außerdem oben S. 62 zu Anm. 39.

[130]) an sich ein Gedanke, der, ebenfalls aus dem Grundsatze von Treu und Glauben stammend, durchaus beachtlich wäre, stände ihm nicht die ausdrückliche Regelung des Preußischen Allgemeinen Landrechts entgegen; s. auch Jellinek, RuPrVBl. 52, 807.

Treu und Glauben, insbesondere in der besonderen Form der Verschweigung, nicht. Dabei muß einmal darauf hingewiesen werden, daß die Gedankenwelt des absoluten Staates, in der das Preußische Allgemeine Landrecht entstand, wesentlich andere Vorstellungen vom „interesse publicum" hatte als eine Zeit, der es nichts Außergewöhnliches mehr bedeutet, daß der Staat, wenn auch in der besonderen Erscheinungsform des Fiskus, in vielen Fällen mit dem einzelnen Rechtssubjekte auf gleicher Stufe rechtsgeschäftlich verkehrt. Außerdem kann die Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben nicht als ein privatrechtlicher Titel im Sinne der angeführten Regelung des Preußischen Allgemeinen Landrechtes angesehen werden. Aus dem Zusammenhange, in dem die bezeichneten Vorschriften des Allgemeinen Landrechts stehen, ergibt sich, daß nur solche Erwerbstitel ausgeschlossen werden sollen, die nach allgemeinen Grundsätzen lediglich für das Gebiet des Privatrechtes Anspruch auf Geltung erheben können. Daß aber das aus dem Grundsatze von Treu und Glauben abgeleitete Institut der Verschweigung ein Rechtstitel ist[131]), der auch für das Gebiet des öffentlichen Rechtes Anwendung zu finden hat, wurde bereits oben gezeigt. Schließlich muß auch bemerkt werden, daß die im Preußischen Allgemeinen Landrecht bestimmte Unanwendbarkeit der Verjährungsgrundsätze auf den in Frage stehenden Anspruch der zuständigen Verwaltungsbehörde auf Erhaltung eines der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache entsprechenden Zustandes keineswegs der Geltung der Idee der Verschweigung entgegensteht. Die Geltendmachung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches, der zwar noch nicht verjährt ist, nach positiver Vorschrift des Gesetzes sogar niemals verjähren kann, verstößt möglicherweise trotzdem wegen der inzwischen untätig verstrichenen Zeit gegen Treu und Glauben, weil der Berechtigte sich in dieser Zeit verschwiegen hat. Verjährung und Verschweigung schließen sich keineswegs aus. Letztere ist vielmehr oft dazu bestimmt, die aus der starren Regelung der ersteren sich ergebenden — dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht gerecht werdenden — unbilligen Härten wieder auszugleichen[132]).

Auch nach dem eben Erörterten ergibt sich erneut, daß Bedenken gegen eine Anwendung des Grundsatzes der Verschweigbarkeit von Ansprüchen auch auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse nicht bestehen. Es erübrigt sich daher, nachzuprüfen, ob die eben behandelten Vorschriften des Preußischen Allgemeinen Landrechts noch heute Geltung besitzen oder nicht.

In diesem Ersitzungsfalle hat nun die zuständige (auch kirchliche) Verwaltungsbehörde (also z. B. die Wegepolizeibehörde hinsichtlich

---

[131]) Erwerbstitel in dem Sinne, daß für den bisher verpflichteten Sacheigentümer dadurch die Freiheit von einer früher bestehenden Verbindlichkeit erworben wird.

[132]) Zu diesem Gedankengange s. Krause 216; das Gesagte gilt in noch stärkerem Maße für die Verwirkung, die noch zu behandeln bleibt.

des ersessenen Wegegrundstücks) den Ersitzungszustand, der mit ihrem öffentlich-rechtlichen Anspruch auf die öffentliche Sache im krassen Widerspruch stand, während der ganzen langen Ersitzungszeit (10 oder 30 Jahre lang)[133]) unangefochten bestehen lassen. Sie bewies damit, daß sie diesen Zustand als durchaus erträglich und als keineswegs unbedingt mit den öffentlichen Interessen kollidierend empfand. Dies Verhalten zusammen mit ihrem Untätigsein während der widerspruchslos verstrichenen Ersitzungszeit[134]) ergibt hiernach, daß die Verwaltungsbehörde, die als öffentliche Behörde sich jederzeit die notwendige Kenntnis über das Schicksal der öffentlichen Sache verschaffen konnte und mußte[135]), sich inzwischen verschwiegen hat. Damit ist sie ihres Rechtes, auch von dem neuen Sacheigentümer eine der Zweckbestimmung der Sache entsprechende Behandlung der Sache zu verlangen, verlustig gegangen. Dies gilt nach dem über die Verschweigung Gesagten allgemein und ohne jede Ausnahme[136]). Denn während nach dem oben[137]) Gesagten bei der Anwendung des allgemeinen, nicht auf ein bestimmtes Rechtsinstitut zurückgeführten Grundsatzes von Treu und Glauben die Ausnahme gemacht werden mußte, daß in besonderen Fällen möglicherweise das überwiegende öffentliche Interesse die Anwendung dieses allgemeinen Satzes ausschließen könne, gilt dies für das Rechtsgebilde der Verschweigung nicht. Für sie sind ein alter Militärrock und das wertvollste ehemalige Wegegrundstück gleich. Denn im Falle der Verschweigung kommt es in dem Augenblick, in dem die Zeit der privatrechtlichen Eigentumsersitzung[138]) verstrichen ist, auf eine Interessenabwägung nicht mehr an. Hat sich die Verwaltungsbehörde verschwiegen, so gilt diese Tatsache gegen sie, mögen ihre derzeitigen Interessen an der Sache auch noch so erhebliche sein. Damit kann sie jetzt nicht mehr gehört werden. Denn sie hätte, um die Vollendung der Verschweigung nicht eintreten zu lassen, ihr Verhalten

[133]) Was hier von diesen langen Zeiträumen gilt, könnte wahrscheinlich von dem einen Jahre des § 973 BGB. beim Funderwerb des Eigentums an einer öffentlichen Sache nicht gesagt werden: In einem Jahre wird man sich zwar hinsichtlich des privatrechtlichen Eigentums, nicht aber auch in Bezug auf die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung der Sache verschweigen können. Das zur Länge des Zeitraumes zu Sagende siehe unten.

[134]) Die gesamte bisherige Untersuchung hat erkennen lassen, daß nicht dem guten Glauben des Ersitzenden, sondern dem Zeitablauf als solchem die entscheidende Rolle zukommt; insbesondere mit der Verschweigung hat der gute Glaube nichts zu tun; s. hierzu auch oben S. 64, Anm. 52 und S. 71, Anm. 97.

[135]) S. oben S. 66, Anm. 61 und S. 67, Anm. 68. Darüber, daß die Erkundigungspflichten einer Verwaltungsstelle sogar erheblich größere sind als die einer Privatperson, s. RWG. in DJZ. 1932, 740.

[136]) Insbesondere macht es bei diesem Beweisverfahren auch keinen Unterschied, ob der Ersitzende gutgläubig oder bösgläubig hinsichtlich der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen gewesen ist. Die Verschweigung hat als solche mit dem guten Glauben nichts zu tun.

[137]) S. oben S. 74 f.

[138]) Über die Länge des Zeitraumes, der verstrichen sein muß, ehe man von einer „Verschweigung" sprechen kann, siehe das Erforderliche unten.

anders einrichten müssen, als sie es tatsächlich getan hat. Ihrer eigenen Nachlässigkeit gegenüber kann sie sich nicht auf ein angeblich überwiegendes öffentliches Interesse berufen. Die Entscheidung darüber, ob sie einen Rechtsverlust eintreten lassen wollte oder nicht, hat die Verwaltungsbehörde selbst bereits in dem Augenblick getroffen, in welchem sie — zumindest stillschweigend — „beschloß", sich in Zukunft — während 10 oder 30 Jahren — nicht mehr um diese Sache zu kümmern. Hierbei muß sie sich nunmehr festhalten lassen.

Es ist aber im hier erörterten Zusammenhange mit der Verschweigung noch eine ausführliche Untersuchung über die Länge der Fristen erforderlich, die verstrichen sein müssen, ehe von einer Verschweigung der zuständigen Verwaltungsbehörde[139]) hinsichtlich ihres oben näher bezeichneten Anspruchs auf die öffentliche Sache gesprochen werden kann. Denn nach dem oben Gesagten beruht die Wirkung der Verschweigung als eines Untätigseins während langer Zeit auf dem Zeitablauf als solchem.

Eine Verschweigung des öffentlich-rechtlichen Anspruchs der Behörde „binnen Jahr und Tag" anzunehmen, geht bei der Bedeutung jeder öffentlichen Sache im heutigen Rechte nicht mehr an. Das wird auch nicht bestritten[140]). Abgesehen davon mangelt es aber an jedem Anhaltspunkte für die hier vorzunehmende Fristbestimmung. Weder Theorie noch Praxis haben bisher irgendetwas Bestimmtes über die Länge der Verschweigungsfrist ausgesagt. Dies gilt sogar für die rein privatrechtliche Verhältnisse behandelnden Verschweigungsfälle. Aber auch das öffentliche Recht hat bisher eine feste Grenze nicht angeben können[141]). Zur Lösung des Problems hat man gelegentlich

---

[139]) nur eine zuständige Behörde kann sich verschweigen. Denn eine unzuständige Behörde hat insbesondere nicht die Pflicht, sich um eine zu ihrem Zuständigkeitsbereich nicht gehörende Sache zu kümmern. Eine andere, wohl zu bejahende Frage wäre es, ob eine unzuständige Verwaltungsbehörde den Verschweigungsablauf unterbrechen kann; eines Eingehens hierauf bedarf es jedoch nicht.

[140]) Damit scheiden alle Fundtatbestände aus der Untersuchung aus. In dem einen Jahre, dessen Ablauf Voraussetzung für den Eigentumserwerb an der gefundenen Sache ist, hat sich die Verwaltungsbehörde unter keinen Umständen verschwiegen.

[141]) Im privaten Rechte will man meist — die Begriffe „ Verschweigung" und „Verwirkung" gehen stets durcheinander — auf die „Umstände des einzelnen Falles" abstellen: so Siebert, Verwirkung, 25; Schüle, Verw.-Arch. 39, 34; Danzer-Vanotti 76; Endemann DJZ. 1928, 694; Krause 76 und 217: „Der erforderliche Zeitraum ist nicht in eine genau bestimmte Länge gepreßt." Einer Verschweigung vor Ende der Verjährungsfrist stimmen zu: Krause 178; Siebert, Verwirkung, 25; Nolting-Hauff 1093; PrOVG. 88, 120; dem widerspricht Hamburger, Treu und Glauben, 83. Werden Fristen genannt, so schwankt man zwischen 8 Monaten (RG. in JW. 1927, 108 bis 110; Reimer in JW. 1928, 2065), 50 Jahren (RG. in JW. 1932, 943) und zwei Menschenaltern (OLG. Köln im Farina-Urteil in JW. 1930, 1231). S. hierzu auch § 1486 des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches. Über die Fristen des alten deutschen Rechtes s. Schwerin, Privatrecht, 85.

Im öffentlichen Rechte nennt man beispielsweise Fristen von 6 Jahren (ThürOVG. in RuPrVBl. 54, 396), 8 Jahren (RWG. in DJZ. 1932,

Parallelen etwa zum Fristablauf bei der Verschollenheit[142]) gezogen. Wichtiger als dies erscheint der Hinweis[143]) auf die strafrechtliche Verjährung. Denn diese (die Strafverfolgungsverjährung) ist in Wahrheit nichts anderes als eine Verschweigung des Staates hinsichtlich seines öffentlich-rechtlichen Strafanspruches (seines ius puniendi)[144]). Indessen enthält auch ein derartiger Hinweis kaum mehr als eine Bestätigung der bereits oben bewiesenen Anwendbarkeit des Verschweigungsgedankens auch im öffentlichen Rechte. Für die hier untersuchte Frage nach der Bestimmung der Länge der Verschweigungsfrist vermag dieser Hinweis jedenfalls nichts zu bieten. Denn die im § 67 StrGB. genannten Fristen der Strafverfolgungsverjährung sind derart bemessen und derart abgestuft, daß sie nur im Zusammenhang mit strafrechtlichen Begriffen angewendet werden können. Einer Verallgemeinerung sind diese Fristen jedoch nicht fähig.

Es ist daher — allein schon im Interesse der Rechtssicherheit — nicht zu umgehen, im hier geprüften Ersitzungsfalle an einer öffentlichen Sache eine neue Fristbestimmung für die Verschweigung der Behörde vorzunehmen, und zwar „den Umständen entsprechend". Die gesamte Sachlage ist nun dadurch gekennzeichnet, daß es als Grundtatsache sich um die privatrechtliche Ersitzung des Eigentums an der öffentlichen Sache handelt. Die dabei in Frage stehenden Fristen sind 30 (für Grundstücke) und 10 Jahre (für bewegliche Sachen). Es hieße nun die Sach- und Rechtslage unnötig komplizieren, wollte man ohne Not bei der Bestimmung der öffentlich-rechtlichen Verschweigungsfrist von diesen eben genannten Fristen abgehen. Dies umsomehr, als die Umstände jedes Ersitzungstatbestandes auf diese Fristen hindeuten. Andererseits besteht keine im Wesen des öffentlichen Rechtes begründete Notwendigkeit, von diesen Fristen — die zunächst rein privatrechtliche Bedeutung haben — abzugehen. Vor allem steht die Länge der Frist mit dem Gedanken der Wahrung der öffentlichen Belange in Einklang, da man ja in einzelnen Fällen bereits nach 6 oder 8 Jahren in gerichtlichen Entscheidungen[145]) eine Verschweigung der Behörde zugelassen hat[146]). Im übrigen stimmt auch die bereits im Privatrechte vorhandene Abstufung der Fristen für Grundstücke und bewegliche Sachen mit den aus den öffentlich-rechtlichen Beziehungen der öffentlichen Sache sich ergebenden Notwendigkeiten überein. Eine bewegliche öffentliche Sache ist eher zu ersetzen als ein öffentliches Grundstück, das meist allein wegen seiner besonderen Lage größte Bedeutung (man

740) und 50 Jahren (Ersitzung der Abgabenfreiheit nach preuß. ALR. § 656 I 9; s. dazu oben S. 58, Anm. 15).

[142]) s. Rocholl 9.

[143]) s. Grünebaum 125.

[144]) so Kormann, Annalen 1912, 123; Frank, Anm. II zu § 66.

[145]) s. ThürOVG. in RuPrVBl. 54, 396 und RWG. in DJZ. 1932, 740.

[146]) s. auch hierzu ThürOVG. in RuPrVBl. 54, 396 und RWG. in DJZ. 1932, 740.

denke an einen öffentlichen Weg) besitzt und als solches unersetzbar ist. Diesem Unterschiede in der Bedeutung der öffentlichen Sachen für die Allgemeinheit entspricht es, daß die Verschweigung der Behörde hinsichtlich einer beweglichen öffentlichen Sache bereits in 10 Jahren, hinsichtlich eines öffentlichen Grundstücks dagegen erst in 30 Jahren eintreten kann.

Als zu lang wird niemand diese Fristen ansehen können[147]). Aber auch als zu kurz wird man sie andererseits nicht bezeichnen können; dies zu beweisen, mag ein Hinweis darauf genügen, daß das ius puniendi des Staates in dem der Strafverfolgungsbehörde günstigsten Falle[148]) in 20 Jahren verschwiegen wird. Im übrigen sei auch hier darauf verwiesen, daß die genannten Fristen von 30 oder 10 Jahren am besten den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen eines jeden Ersitzungsfalles angeglichen sind[149]).

Daß eine längere Verschweigungsdauer[150]) nur nutzen, nicht schaden kann, braucht nicht erwähnt zu werden[151]). 10 oder 30 Jahre muß der Verschweigungszustand mindestens angedauert haben.

Durch die Ersitzung des Eigentums an der Sache und durch die gleichzeitige Verschweigung der Behörde hat demnach der neue Sachinhaber in jedem Falle Eigentum erworben, das nicht mehr durch eine öffentliche Zweckbestimmung beschränkt ist. Der jetzige Ersitzungseigentümer der bisher öffentlichen Sache braucht nach dem Ergebnis d i e s e s Beweises deren besondere Eigenschaft nicht mehr gegen sich gelten zu lassen.

§ 9.

Geeigneter aber noch, um das von Jellinek[152]) für das Gebiet des öffentlichen Rechtes geforderte spezielle, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abzuleitende Rechtsinstitut darzustellen, dürfte an Stelle der Verschweigung die sogenannte V e r w i r k u n g sein[153]). Denn gegen die Anwendung der Verschweigung im oben bezeichneten Sinne sprechen erhebliche Bedenken. Zunächst ist die Verschweigung

---

[147]) das will auch Seligsohn 101 nicht tun. Er spricht nur von den p r i v a t r e c h t l i c h e n Ersitzungsfristen.

[148]) gemäß § 67, Absatz I StGB.

[149]) Es sei in diesem Zusammenhange darauf hingewiesen, daß hier nicht — wie oben S. 71, Anm. 94 — die Fristen des Privatrechtes analog angewendet werden, sondern daß sie hier — allerdings in Anlehnung an die privatrechtlichen Fristen — vollkommen neu für die öffentlich-rechtliche Verschweigung einer Behörde festgestellt und begrenzt worden sind.

[150]) d. h. ein Schweigen der genannten Art seitens der Behörde länger als 30 oder 10 Jahre.

[151]) Grundsätzlich darüber hinaus Unvordenklichkeit — über den Begriff siehe Schwerin, Privatrecht, 86; Hübner 17; Planitz 17 —, die im allgemeinen einen Zeitraum von 80 Jahren umfaßt (s. dazu Jellinek, VR., 223; PrOVG. 74, 128 f.), zu fordern, wie Oßwald 21 es tut, geht an den Gegebenheiten des täglichen Lebens vorbei und bedeutet eine durch Nichts gerechtfertigte, mithin unbillige Belastung des Ersitzenden.

[152]) s. Jellinek, RuPrVBl. 52, 807 und auch Ipsen 101.

[153]) so auch Siebert, Verwirkung. 244, Anm. 67.

kein Rechtsinsitut des geltenden Rechtes, sondern ist nur in ihren Auswirkungen in verstreuten Rechtsgebieten heute noch festzustellen[154]). Weiter aber ist auch die mit Hilfe des Verschweigungsgedankens eben gewonnene Lösung[155]) von einer nicht anzuerkennenden Uneingeschränktheit. Auf den guten Glauben des Ersitzenden hinsichtlich der Öffentlichkeitsqualität der Sache soll es nicht ankommen. Außerdem soll auch eine Interessenabwägung nach Ablauf der Verschweigungsfrist nicht mehr zulässig sein. Dies alles bedeutet eine derart scharf zu Ungunsten der Verwaltungsbehörde sich auswirkende Lösung des Problems, daß sie nur anerkannt werden könnte, wenn sie durch einen weiteren Beweis erhärtet werden sollte. Auch aus diesem Grunde soll daher die Untersuchung des Ersitzungstatbestandes unter dem Gesichtspunkte der Verwirkung erfolgen[156]).

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die Ausdrucksweise[157]) nicht immer klar ist[158]). Nur zu gern verwischt man den Unterschied zwischen beiden Begriffen, stellt sie gelegentlich sogar einander gleich. Man verkennt dabei, daß zunächst nur die Verschweigung dasjenige Rechtsinstitut (gewesen) ist, das — abgesehen von Verjährungs- und Ausschlußfristen — die Wirkung des Zeitablaufes zur Geltung brachte, wenn gewisse Voraussetzungen wie die Offenkundigkeit des Tatbestandes und das Schweigen in bestimmter Frist vorlagen[159]). Demgegenüber war die Verwirkung[160]) zunächst mit dem Zeitablauf nicht zusammenzubringen[161]). Sie besteht darin, daß infolge des Verstoßes gegen eine Pflicht das damit verbundene Recht kraft gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Bestimmung verlorengeht. Der neueren Wissenschaft und Rechtsprechung blieb es vorbehalten, Teile der beiden rechtlichen Begriffe Verschweigung und Verwirkung unter dem Namen der „Verwirkung" zu vereinigen[162]). Man entnahm vom Rechtsgedanken der Verschweigung das

[154]) s. dazu Krause 174 5; Siebert, Verwirkung, 26 7.

[155]) ebenso wie die mit Hilfe der stillschweigenden Außerdienststellungserklärung gewonnene; s. oben S. 72.

[156]) s. hierzu auch Küchenhoff 275 ff.

[157]) über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes „Verwirkung" s. Krause 166 ff.; Siebert, Verwirkung, 28.

[158]) s. hierzu Martin Wolff, SR., § 153 b, Anm. 22.

[159]) Über die Verschweigungsvoraussetzungen siehe ausführlich Krause 172 ff.; darüber, daß die Verschweigung nur der konservativen Idee des Zeitablaufes Rechnung tragen soll, s. Hübner 16 7.

[160]) abgesehen davon, daß der Ausdruck in diesem Sinne erst im modernen Recht auftaucht.

[161]) Darüber, die die Verwirkung zunächst ganz allgemein die Auslösung eines Rechtsnachteiles, ohne Rücksicht auf den Zeitablauf darstellt, s. Schule, VerwArch. 39, 32; darüber, daß der Zeitablauf allein niemals eine Verwirkung zu begründen vermag, s. Siebert, JW. 1934, 1831; Krause 176; Siebert, Verwirkung, 181, 251; OLG. Karlsruhe in JW. 1933, 1267; Mügel, JW. 1930, 1046; Hamburger, Treu und Glauben, 83; RGZ. 127, 323.

[162]) Allerdings will Siebert in JW. 1934, 1829 die Verschweigung als Rechtsgrundlage der Verwirkung nicht anerkennen. Er beruft sich auf Treu und Glauben allein. Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Die Bedeutung

Schweigen während eines langen Zeitraumes[163]), ohne noch an dem Erfordernis der Offenkundigkeit festzuhalten, und stellte es mit dem Pflichtgedanken der Verwirkung derart zusammen, daß man auf den Verstoß gegen die allgemeinste Pflicht unseres Rechtssystems, die Pflicht zur Wahrung von Treu und Glauben, hinwies. Stellt das Geltendmachen eines Rechtes oder Anspruches nach einem Schweigen während langer Zeit einen Verstoß gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dar, so läßt man die Geltendmachung eines Rechtes nach einem solchen Zeitraume nicht mehr zu, da das Recht oder der Anspruch inzwischen „verwirkt" sei.

Für vorliegende Untersuchung bietet diese „Verwirkung" — nach obiger Darstellung eine Verschweigung unter Verstoß gegen Treu und Glauben[164]) — den Vorteil, daß sie nicht vergangenes Recht wie die Verschweigung[165]), sondern täglich angewendete Rechtsausübung darstellt. Während man demnach einer Anwendung des Verschweigungsgedankens immer entgegenhalten könnte, daß sie ein dem heutigen Rechtsleben nur in Einzelfällen bekanntes Rechtsdenken in unzulässiger Weise verallgemeinere, daß

---

des Zeitablaufes für einen Anspruch läßt sich allerdings heute, ohne Zwischenglied, aus Treu und Glauben ableiten. Daß unser heutiges Rechtsempfinden dem Zeitablauf aber eine derartige Einwirkung auf Rechte und Ansprüche einräumt, beruht auf dem mit dem Namen „Verschweigung" belegten Rechtsdenken früherer Zeiten. Unrichtig ist daher die Bezugnahme auf den Verschweigungsgedanken neben Treu und Glauben sicherlich nicht; über die Erforderlichkeit braucht hier nicht gesprochen zu werden. Das andere Extrem stellt Krause (insbesondere 215 ff.) dar, der die Verwirkung als reine Verschweigung anspricht — allerdings nicht immer; s. dazu 171 —; für Anwendung des Verschweigungsgedankens auch Nolting-Hauff 1093.

[163]) Daß Krause 217 gerade das Zeitelement als das Wesentliche an der Verwirkung betont, ist bei seiner Grundabsicht, die Verwirkung aus dem Verschweigungsgedanken abzuleiten und zu begründen, nicht verwunderlich.

[164]) Über die allgemeinen Verwirkungsvoraussetzungen s. Heinemann, LZ. 1928, 939 ff.; sachlich zustimmend, aber unter Ablehnung der Anführung des Verschweigungsgedankens Siebert, JW. 1934, 1830 und Verwirkung, 5; das dagegen zu Sagende s. oben Anm. 162; s. aber auch Siebert, Verwirkung, 6, 59, 173, 247/8 und in JW. 1933, 1268; fast wörtlich übereinstimmend Schüle, VerwArch. 39, 33, der aber die Bedeutung von Treu und Glauben nicht genügend betont und überflüssigerweise „Zeitablauf und Verschweigung" nebeneinander erwähnt; richtig ist die Darstellung bei Schüle a.a.O. 36; Krause 217 gründet die Verwirkung allein auf die Verschweigung; formelmäßig zutreffend Enneccerus-Nipperdey § 209, IV; Rocholl 52; Danzer-Vanotti 76, der wie Mügel in JW. 1930, 1943 das Verschweigungsmoment betont; zustimmend auch Beisler, JW. 1928, 1338 und Walsmann, JW. 1927, 2571 trotz sonstiger Zurückhaltung gegenüber dem Gedanken der Verwirkung. Heinemann, LZ. 1928, 939 nennt die Verwirkung — unter besonderer Betonung der objektiven Momente — eine „von aller Starrheit befreite Ausschlußfrist".

[165]) Darüber, daß die Verschweigung heute kein allgemeines Rechtsprinzip mehr ist, sondern nur noch in einzelnen Rechtstatbeständen Anwendung findet, s. Krause 174/5; Siebert, Verwirkung, 26/7 unter Betonung der Seltenheit der Verschweigungsfälle im heutigen Rechte, sodaß die Verschweigung keine Rechtslücke ausfüllen kann.

die strengen Verschweigungsvoraussetzungen in den meisten Fällen auch nicht erfüllt oder erfüllbar seien[166]), besteht ein derartiges Bedenken gegenüber der Anwendung der Verwirkung nicht[167]).

Die Verwirkung ist als Rechtsinstitut des geltenden Rechtes heute allgemein anerkannt[168]). Sie wird — wenn auch nicht stets, so doch im allgemeinen[169]) — rechtssystematisch als eine aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sich ergebende Rechtsausübungsschranke, als eine allgemeine inhaltliche Begrenzung der Rechte bezeichnet[170]). Zwar sind auch heute trotz langjähriger Ausbildung und Präzisierung des Verwirkungsgedankens im Aufwertungs-, Wettbewerbs- und Arbeitsrechte noch immer mahnende Stimmen vorhanden[171]), die vor einer zu weit gehenden Anwendung dieses Rechtsinstitutes warnen. Sie sind indessen in der Minderzahl und verschwinden gegenüber der in Rechtsprechung und Wissenschaft immer wieder vorhandenen Befürwortung des Verwirkungsgedankens. Be-

---

[166]) man denke insbesondere an die Offenkundigkeit.

[167]) Es sei darauf hingewiesen, daß die Verwirkung etwa gegenüber einer hier abgelehnten Theorie vom stillschweigenden Außerdienststellungsakt den unbedingten Vorzug besitzt, daß sie durch rein objektiv zu bestimmende Tatsachen (Zeitablauf + Unzumutbarkeit = Verstoß gegen Treu und Glauben) ausgelöst wird. Subjektive Erwägungen, die nur allzu leicht zu Fiktionen führen können, sind nicht erforderlich (s. dazu Schüle, VerwArch. 39, 37; Krause 112, 198; Heinemann, LZ. 1928, 939; PrOVG. 88, 120; Siebert, JW. 1933, 1268; Küchenhoff, DJZ. 1930, 1196; Danzer-Vanotti 74; Siebert, JW. 1932, 943 bezeichnet den Maßstab des § 242 BGB. als denjenigen, der „den sozialethischen Wert eines Verhältnisses schlechthin entscheiden läßt"; s. auch Hamburger, Treu und Glauben, 97).

[168]) S. neben den Ausführungen der anderen Anmerkungen: RWG. in DJZ. 1931, 1390; Reimer JW. 1928, 1593 ff.; Siebert, Verwirkung, 3 und 4 ff.; ders. a.a.O. 248/9 betont die Ausnahmenatur jeder Verwirkung und spricht von einer „Subsidiarität" gegenüber Verjährung und Ausschlußfristen; ebenso Kaskel-Dersch 97; Abraham JW. 1930, 1355; Makulik 13 ff., wobei allerdings die Ausschließung der Verwirkung durch das Bestehen einer Verjährungsfrist nicht anzuerkennen ist; sehr einschränkend RGZ. 144, 22 (= JW. 1934, 1849); Hamburger, LZ. 1928, 1593 ff.; ders., Treu und Glauben, 96/7; ders. DJZ. 1931, 932/3; die Unterscheidungen, die Stoll DJZ. 1933, 1473 macht, sind bis heute noch nicht geklärt; ob sie überhaupt notwendig sind, erscheint zweifelhaft; sie beruhen z. T. auf der Verkennung des Unterschiedes zwischen Verwirkung und Verbot des Venire contra factum proprium.

[169]) Über die verschiedenen Ableitungsmöglichkeiten s. Siebert, JW. 1934, 2439; JW. 1934, 1830; JW. 1932, 943; Siebert, Verwirkung, 181, Anm. 5, und 248; Bank, JW. 1934, 2437 (unter Widerspruch von Siebert); Best, JW. 1932, 1801 f.; Schüle, VerwArch. 39, 33/4; Krause 215/6 und 160 ff.; Wolff-Willinger, JW. 1933, 1267; Danzer-Vanotti 75.

[170]) So insbesondere mit zutreffender Begründung Siebert, JW. 1934, 2439; JW. 1934, 1830; Verwirkung, 5/6, 97: Le droit cesse, où l'abus commence; auch JW. 1933, 1268.

[171]) so Best, JW. 1932, 1801 ff.; für das öffentliche Recht Schüle, VerwArch. 39, 39; dem steht entgegen, was Unger 113 sagt, indem er „ein Verwaltungsrecht der Billigkeit und Milde" wünscht; Hamburger, LZ. 1928, 1589 ff. und JW. 1931, 736/7; Roth, JW. 1928, 1336; Beisler, JW. 1928, 1338 f.; Salfeld, JW. 1928, 1339; Schumann 95; Nolting-Hauff 1090/1; s. auch RG. in JW. 1932, 491.

denken gegen eine Heranziehung der Verwirkung auch im vorliegenden Falle bestehen nicht. Dies um so weniger, als man — wie man dies auch im übrigen fast ausnahmslos anerkennt — darauf hinweist, daß die Anwendung des Rechtsinstitutes der Verwirkung stets dann abzulehnen ist, falls eine Gefährdung der Rechtssicherheit zu befürchten stände.

Mit dieser Einschränkung sowie den aus der Natur des öffentlichen Rechts sich ergebenden Beschränkungen gilt der Gedanke der Verwirkung auch im Gebiete des öffentlichen Rechtes[172]). Das ist eine notwendige Folge der Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Rechte. Denn das öffentliche Recht erkennt ebenso wie jedes andere Rechtsgebiet die Bedeutung des Zeitablaufes an. Mithin ist mit dem Nachweise der Geltung auch der anderen Voraussetzung einer Verwirkung — der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben — der Beweis für die Zulässigkeit der Anwendung der Verwirkung im öffentlichen Rechte überhaupt erbracht.

Ein Anspruch jedweder Art[173]) kann dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Anspruchserhebung während langer Zeit nicht erfolgt ist, obwohl ein besonderer Anlaß zur Anspruchserhebung bestand[174]), demnach die jetzige Geltendmachung des Anspruches unter Würdigung aller Umstände gegen Treu und Glauben verstößt[175]). Der Anspruch ist dann verwirkt[176]). Seine Geltendmachung stellt keine zulässige Rechtsausübung mehr dar, sondern geschieht unbegründet und ist daher abzulehnen. Insoweit wäre die Grundfrage

---

[172]) Zustimmend RWG. in DJZ. 1931, 1290; Siebert in JW. 1934, 1831 und JW. 1932, 943; Schüle, VerwArch. 39, 32 ff.; RG. in BeamtRZ. 5, 127 f.; ebendort 128 (zwei Entscheidungen); Krause 117/8; Gowa 76; Rocholl 54/5; Raspe in StuSev. 1931, 339; Lasally 158; Heinemann, LZ. 1928, 942; PrOVG. 88, 120; ThürOVG. in RuPrVBl. 54, 396 f.; Siebert, Verwirkung, 243/4 mit weiterer Literatur in Anm. 67; ders. a.a.O. 244 bei Anm. 68 will die Verwirkungsmöglichkeit besonders begründen für öffentlich-vermögensrechtliche Beamtenbesoldungsansprüche, übersieht aber, daß in Wahrheit das Verhältnis gerade umgekehrt liegt: die von ihm selbst genannte Rechtsprechung zeigt, daß für derartige Ansprüche die Anwendbarkeit des Verwirkungsgedankens im öffentlichen Rechte eine Selbstverständlichkeit ist und gerade in allen anderen Fällen der besonderen Begründung bedarf; s. dazu Mohn 307; für das Dienstentlassungsverfahren auch Rocholl 54/5; RG. in JW. 1932, 491/2; RWG. in DJZ. 1932, 740; allgemein auch RG. in JW. 1931, 735/6; Hamburger, DJZ. 1931, 932; daß Untertan und Staat sich verschweigen können, sagt auch Kluckhohn, JW. 1934, 2379.

[173]) also auch der Anspruch der für die betreffende öffentliche Sache zuständigen (gegebenenfalls auch kirchlichen) Verwaltungsbehörde auf bedingungsloses Zur-Verfügung-Stellen der Sache für den öffentlichen Dienst.

[174]) Über dieses Erfordernis siehe Hamburger, Treu und Glauben, 83.

[175]) Was „Verwirkung" im öffentlichen Recht bedeutet, dazu s. insbesondere Gowa 76, der vor allem klarstellt, daß Privat- und Hoheitsperson öffentliche Ansprüche verwirken können; dem stimmt Kluckhohn, JW. 1934, 2379 zu.

[176]) neben den anderen Anmerkungen siehe hierzu RWG. in DJZ. 1931, 1390; Bank in JW. 1934, 2438; Heinemann in LZ. 1928, 939 ff.; RGZ. 117, 358 ff.

bereits gelöst. Es bedarf jedoch noch einer eingehenden Untersuchung darüber, wieweit die bei der Verwirkung des Anspruchs zu erfüllenden Voraussetzungen auch im Gebiete des öffentlichen Rechts überhaupt erfüllbar sind.

Was zunächst das Erfordernis des Zeitablaufes[177]) angeht, so genügt hier ein Hinweis auf das bereits bei der Behandlung des Verschweigungsgedankens Gesagte[178]). Insbesondere gilt das für die Länge des Zeitraumes, der für die Anerkennung der Verwirkung des Anspruches verstrichen sein muß. Denn das Erfordernis des Verstreichens eines langen Zeitraumes ist für das Rechtsinstitut der Verwirkung unmittelbar aus dem Gebiete der Verschweigung übernommen. Eine Erörterung im vorliegenden Zusammenhange müßte daher zu dem gleichen Ergebnis führen. Die für die Verschweigung als Voraussetzung erforderten Zeiträume von 10 oder 30 Jahren sind auch hier maßgebend.

Indessen genügt das Verstreichen eines derart bestimmten Zeitraumes allein für die Annahme einer Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde nicht[179]). Das Schweigen der anspruchsberechtigten Behörde während des Verschweigungszeitraumes muß vielmehr ein „illoyales" sein, die erst jetzt erfolgende Geltendmachung muß außerdem gegen Treu und Glauben verstoßen[180]). Wann ein derartiger Verstoß gegen Treu und Glauben anzuerkennen ist, ergibt sich aus einer Würdigung der gesamten Umstände des einzelnen Falles, und zwar nicht nur der Verhältnisse auf seiten des durch die Anspruchserhebung Betroffenen[181]), sondern ebenso der Verhältnisse der ihren Anspruch auf die öffentliche Sache erst jetzt geltend machenden Verwaltungsbehörde[182]).

Was den Schuldner angeht, so kann es bei ihm auf den rein materiellen Wert der öffentlichen Sache, deren freies Eigentum er beansprucht, nicht in erster Linie ankommen[183]). Für ihn ist es maß-

---

[177]) Über die Bedeutung dieses Fristmoments s. Nolting-Hauff 1093, der bei sonstiger Ablehnung der Verwirkung anerkennt, daß man die „Verschweigung" — wie er sagt — gelten lassen kann, wenn sie befristet ist.

[178]) s. oben S. 81 ff.

[179]) Nach Siebert, JW. 1934, 1831 führt das untätige Verhalten allein nur zur Verjährung, die es — wie oben S. 62 f. bereits nachgewiesen — im Gebiete des Rechtes der öffentlichen Sachen nicht gibt. Zur Verwirkung ist die nachstehend im Text erwähnte „illoyale Verspätung" notwendig; treffend auch Danzer-Vanotti 75; Siebert, JW. 1932, 943.

[180]) Hierzu neben vielen anderen Bank, JW. 1934, 2438; Siebert, JW. 1934, 1830 und JW. 1934, 1831 unter zutreffendem Hinweis auf die vom Reichsgericht bereits früher anerkannte exceptio doli.

[181]) im folgenden kurz „Schuldner" genannt, was auch der Rechtslage entsprechen würde, wenn in einem Verwaltungsstreitverfahren — nur ein solches, kein ordentliches Verfahren ist wegen der rein öffentlich-rechtlichen Zusammenhänge denkbar — die Behörde als Gläubigerin den Besitzer der Sache als Schuldner in Anspruch nehmen würde.

[182]) im folgenden kurz „Gläubigerin" genannt.

[183]) Anderer Ansicht allerdings Bekker, Pandekten, I, 334; s. hierzu oben S. 75, Anm. 112.

gebend, in welchem Umfange er die Sache als sein freies unbelastetes Eigentum seinen eigenen Interessen entsprechend benutzen darf. Nur in dieser Hinsicht schränkt ihn die durch die Anspruchserhebung der Gläubigerin wieder drohende Öffentlichkeit der Sache ein. In materieller Hinsicht ist er als Eigentümer der Sache durch Enteignungs- und Entschädigungsgesetze hinreichend geschützt. Nach dem materiellen Werte ist demnach jede ehemals öffentliche Sache — grundsätzlich jedenfalls — für den Schuldner gleich. Kennzeichnend ist es für das Verhältnis zwischen dem Schuldner und der von der Gläubigerin nunmehr wieder beanspruchten öffentlichen Sache vielmehr, in welchem Umfange der Schuldner die Sache in seine Interessenssphäre eingegliedert hat. Hat der Schuldner von der Sache keinerlei Gebrauch gemacht, hat er während der Schweigezeit der Gläubigerin die bisher öffentliche Sache zwar besessen, sie aber in keiner bestimmten Weise seinen Interessen eingeordnet, sondern sie nur „verwahrt", so hat er sich auch keinen besonders zu schützenden „wertvollen Besitzstand"[184]) an ihr erworben. In einem derartigen Falle kann ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners an dem Untergange der Öffentlichkeit der Sache trotz der inzwischen verstrichenen langen Zeit keineswegs anerkannt werden, die weiteren Umstände des Falles mögen geartet sein, wie sie wollen. Denn wenn in einem solchen Falle die Sache ihrer früheren öffentlich-rechtlichen Bestimmung nach langer Zeit wieder zugeführt wird, so wird in die Interessenssphäre des Schuldners für ihn kaum merkbar eingegriffen. Durch die Wiedereingliederung der Sache in ihre alten öffentlich-rechtlichen Beziehungen wird ihm nur die entfernte Möglichkeit genommen, die Sache in Zukunft einmal als völlig unbelastete zu benutzen. Einem objektiv derart geringen Interesse des Schuldners gegenüber[185]) stellt sich das gegenüberstehende öffentliche Interesse der Gläubigerin unter allen Umständen als das überwiegende dar.

Anders hingegen, wenn der Schuldner von der in seinem Besitz befindlichen ehemals öffentlichen Sache in gleicher Weise Gebrauch gemacht hat wie von seinen sonstigen, ihm objektiv zur freien Verfügung stehenden Gegenständen. Allerdings wird man auch hier einen Unterschied nach der Art der Benutzung zu machen haben. Es erfordert eine verschiedene Behandlung, wenn der Schuldner auf der Grundfläche eines bisher öffentlichen Weges einen Acker an-

---

[184]) S. dazu Siebert, JW. 1932, 943; RG. in JW. 1932, 942; darüber, daß dies keinen Zusammenhang zwischen Verwirkung und Ersitzung herstellt, s. Siebert, JW. 1932, 943 und RG. am gleichen Orte; auch Siebert, JW. 1933, 54; anderer Ansicht insoweit Seligsohn 101; im allgemeinen s. auch Heinemann, LZ. 1928, 941; Grünebaum 125; Schumann 95; Nolting-Hauff 1093; daß in diesem Besitzstande die konservative Rechtsidee liegt, s. Rocholl 7 und 34; Danzer-Vanotti 74/5; Küchenhoff DJZ. 1930, 1195; RGZ. 127, 324.

[185]) das nur in der stillen Hoffnung bestanden hatte, auch ferner unbehelligt zu bleiben, die nun enttäuscht wird; s. hierzu Best, JW. 1932, 1804; Zeiler, Aufwertungsfälle zu Band IX, Nr. 1816.

gelegt hat oder ob er dort eine aus bestimmten Gründen betrieblich besonders günstig gelegene industrielle Anlage errichtet hat. Sprechen die noch zu untersuchenden anderen Umstände g e g e n den Schuldner, so wird man die Benutzung als Acker nicht als einen derart mit Mühe und Kosten erlangten „wertvollen Besitzstand"[186]) ansehen können, daß er den für die Zurückführung zur öffentlichen Sache sprechenden Gründen widerstreiten könnte. Anders hingegen bei der beispielsweise genannten industriellen Anlage auf ursprünglich öffentlichem Wegeland. Hier kann je nach den Umständen ein derart wertvoller Besitzstand entstanden sein, daß es ihm gegenüber des Nachweises besonderer entgegenstehender Interessen bedarf, wenn die Sache wieder zur öffentlichen werden soll. Ob ein derartiger Besitzstand gegeben ist oder nicht, muß nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden. Hierbei ist besonders nachzuprüfen, ob die benutzte öffentliche Sache völlig in die Interessenssphäre des Schuldners eingegliedert worden ist oder nicht. Ist eine derartige Eingliederung erfolgt, ist mithin die ehemals öffentliche Sache nicht aus den Gesamtbelangen des Schuldners herauszunehmen, ohne daß nicht auch Schädigungen — insbesondere wirtschaftlicher Art — anderer Interessen des Schuldners eintreten würden, so wird der Anspruch der Gläubigerin[187]) grundsätzlich verwirkt sein. Wird dagegen die ehemals öffentliche Sache zwar auch vom Schuldner genutzt, aber doch nur außerhalb des Rahmens seiner sonstigen Betätigungsweise, so dürfte die Sache erheblich leichter zur wieder öffentlich genutzten werden.

Neben diesen bei der hier vorgenommenen Prüfung zu beachtenden objektiven Umständen ist auch auf die subjektive Einstellung des Schuldners zu sehen, die er beim Erwerbe und beim Besitze der ehemals öffentlichen Sache gehabt hatte. Bei der Verschweigung war das befremdliche Ergebnis gewesen, daß es auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Schuldners hinsichtlich der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen nicht ankam, weil bei der Verschweigung nur auf den Zeitablauf als solchen zu achten war[188]). Anders bei der Verwirkung. Zwar verlangt die Wissenschaft und Rechtsprechung nach einer etwas schwankenden Entwicklung heute zur Anspruchsverwirkung keine Gutgläubigkeit auf Seiten des Schuldners mehr[189]). Mit Recht ist aber immer wieder betont worden, daß die Gutgläubigkeit allerdings nicht Voraussetzung für die Annahme der Verwirkung eines Anspruches ist, daß sie aber die Vermutung der Berechtigung des Schuldners zu einem auch fernerhin ungestörten Besitze der

[186]) der Ausdruck ist dem Wettbewerbsrechte entnommen; s. dazu RG. in JW. 1932, 942.

[187]) d. h. der Verwaltungsbehörde.

[188]) s. hierzu Krause 172.

[189]) S. hierzu Siebert, JW. 1932, 943 mit Entscheidungen; Krause 83/4 mit Entscheidungen; RG. in JW. 1932, 943; Seligsohn 98 und 100; Grünebaum 125; Reimer JW. 1928, 2067; Schumann 86; Nolting-Hauff 1093; Küchenhoff DJZ. 1930, 1195; Gutgläubigkeit fordert noch RGZ. 127, 323/4.

Sache erheblich verstärkt. Bereits hiernach erscheint es für den Besitzer einer ehemals öffentlichen Sache unbedingt erforderlich, daß er gutgläubig hinsichtlich der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen war. Denn gegenüber den vielen zu Gunsten der Gläubigerin als Vertreterin staatlicher Ansprüche sprechenden Umständen hat der Schuldner hier im Gebiete des öffentlichen Rechtes ohnehin einen schweren Stand. Eine Verwirkung wird man hier nur dann anzunehmen geneigt sein, wenn zumindest alle beim Schuldner zu berücksichtigenden Umstände auch für ihn sprechen. Bei dieser Sachlage scheidet aber eine Verwirkung zugunsten des Schuldners unbedingt aus, wenn er beim Besitzerwerb an der öffentlichen Sache wußte, daß es sich um eine öffentlichen Zwecken gewidmete Sache handelte. Selbst wenn der Schuldner im Falle seiner Bösgläubigkeit sich während des langen Schweigens der Gläubigerin einen Besitzstand besonderer Art an der öffentlichen Sache geschaffen haben sollte, so kann dieser doch niemals als ein zur Verwirkung des Anspruchs der Gläubigerin führender, also besonders wertvoller anerkannt werden. Wenn dies — rein materiell gesehen — trotzdem der Fall sein sollte, wenn also der Schuldner trotz Kenntnis von der besonderen Eigenschaft der Sache auf sie erhebliche Aufwendungen gemacht haben sollte, so kann er nunmehr dem Anspruch der Gläubigerin nicht in berechtigter Weise entgegenhalten, daß diese selbst durch ihr Schweigen diese Aufwendungen ermöglicht habe. Würde der Schuldner dennoch einen derartigen Einwand erheben, so wäre zwar anzuerkennen, daß der Schuldner allerdings nicht, wie geschehen, hätte verfahren können, wenn die Gläubigerin bereits früher ihren Anspruch erhoben hätte. Ein solcher Einwand wäre aber ebensowenig erfolgreich, wie etwa im bürgerlichen Rechte im Rahmen des § 254 BGB. der Einwand des dolos Handelnden, sein doloses Verhalten sei ihm erst durch die culpa concurrens des anderen ermöglicht worden[190]). Der Schuldner kann sich hier nicht auf das zu lange Zuwarten der Gläubigerin stützen. Seine Aufwendungen auf die Sache sind nicht erfolgt, weil — bestärkt durch das Schweigen der Gläubigerin — er glaubte, eine mit keinerlei öffentlichen Ansprüchen belastete Sache vor sich zu haben, sondern trotz Kenntnis dieser besonderen Eigenschaft in der Erwartung, die Gläubigerin werde diese Entziehung der ihr unterstehenden Sache nicht bemerken und daher nicht dagegen einschreiten. Ein derartiges, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechendes Verhalten kann nicht zur Verwirkung des Anspruchs der Gläubigerin führen.

Das Erfordernis derartiger Gutgläubigkeit des Schuldners ergibt sich aber auch aus folgendem: Die Verwirkung des Anspruchs der Gläubigerin wird damit begründet, daß die Anspruchserhebung nach langem Schweigen unter bestimmten Umständen als gegen Treu und Glauben verstoßend anzusehen sei. Man wendet diesen Gedanken

---

[190]) s. hierzu Enneccerus-Lehmann, § 12.

auch hier im Gebiete des öffentlichen Rechtes an, weil der Gedanke eines Treueverhältnisses zwischen Schuldner und Gläubiger[191]) auch im Verhältnis zwischen Staat und Staatsbürger gilt. Auch in diesem Verhältnis soll nicht der germanischem Rechtsdenken fremde Grundsatz der bedingungslosen Unterwerfung herrschen, sondern ein auf dem Treuegrundsatz aufbauendes verständnisvolles Zusammenarbeiten[192]). Dies bedeutet — zunächst jedenfalls — eine Beschränkung der staatlichen Machtbefugnisse. Sie wird indessen dadurch ausgeglichen, daß hiermit dem Untertan nicht etwa gestattet wird, nunmehr gegen den Staat sich zu stellen, sondern nach wie vor von ihm ein — durch das Treueverhältnis bestimmtes — Mitarbeiten verlangt wird. Wenn der Schuldner hier nun die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen kannte, trotzdem aber in der Hoffnung der weiteren Untätigkeit der Gläubigerin die Sache ohne Bedenken für seine Interessen verwendete[193]), so stellte er sich damit außerhalb des ihn mit der Gläubigerin als einer staatlichen Verwaltungsbehörde verbindenden Treueverhältnisses. Er kann nunmehr den Anspruch der Gläubigerin nicht damit zurückweisen, daß er auf ihren angeblichen Verstoß gegen Treu und Glauben verweist. Dieses Treueverhältnis, an das gerade wegen seines Bestehens im öffentlichrechtlichen Pflichtenkreise besonders strenge Anforderungen zu stellen sind, ist zuerst von ihm, dem Schuldner, selbst gebrochen worden, als er die Sache bösgläubig in Besitz nahm und sie trotz alledem wie eine ihm zur völlig freien Benutzung zustehende für sich verwendete. Er hat daher auch keinen Anspruch mehr darauf, von der Gläubigerin im Rahmen dieses Treueverhältnisses behandelt zu werden. Ihm gegenüber verwirkt daher die Gläubigerin ihren Anspruch auf die Wiederzurverfügungstellung der Sache als einer öffentlichen nicht.

Dem entspricht es, daß man auch im Gebiete des bürgerlichen Rechtes zwar das Erfordernis der Gutgläubigkeit des Schuldners hat fallenlassen, da ein Gutgläubigkeit erforderndes Treueverhältnis nicht in jedem Falle vorhanden ist. Man hat mit Recht aber doch immer wieder betont, wie sehr es für den Schuldner spricht, wenn ihm Gutgläubigkeit beim Erwerbe des dem verwirkten Anspruche widersprechenden Besitzstandes zur Seite steht[194]). Um wieviel mehr dies im öffentlichen Rechte gelten muß, wo in jedem Falle das zwischen

[191]) hierzu (zunächst für das Verbot des venire contra factum proprium gesagt) Bank, JW. 1934, 2438; Siebert, JW. 1934, 1830 unter Betonung des Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens; Gowa 74; über die Grundlage dieses Treueverhältnisses aus dem germanischen Gedanken nicht der Über- und Unterordnung, sondern der Mit- und Gleichberechtigung für das Verhältnis zwischen Staat und Volksgenossen s. Hübner 18.

[192]) Siehe dazu Hübner 18; Merk in Deutsches Recht 1934, 526 ff.

[193]) Ob er nicht sogar eine Anzeigepflicht aus allgemeinen Gesichtspunkten gegenüber der zuständigen Verwaltungsbehörde hatte, kann hier dahingestellt bleiben.

[194]) S. hierzu Grünebaum 125; Schumann 86 und 93; Siebert, JW. 1933, 54, der 55 von einer „objektiven Deutung" der Gutgläubigkeit spricht.

Untertan und Staat bestehende staatsbürgerliche Treueverhältnis zu beachten ist, wurde bereits dargetan.

Es bleibt bei der Nachprüfung der für die Annahme einer Verwirkung zu berücksichtigenden Umstände auf seiten des Schuldners zu untersuchen, wie es sich auswirkt, wenn der Schuldner zunächst nichts von der bisherigen Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen wußte, dies aber im Laufe seiner Besitzzeit, während die Gläubigerin noch schwieg, erfuhr[195]).

Dabei ist zu bedenken, daß sich bei jedem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis Staat und Staatsbürger gegenüberstehen, daß demnach nur in denjenigen Fällen, die besonders für den Bürger sprechen, eine Entscheidung gegen den Staat getroffen werden darf. Eine Nichtbeachtung dieses Gedankens müßte zu einer gröblichen Verletzung des mehrfach betonten Primates des öffentlichen Interesses führen.

Deshalb ist auch hier nur dann eine Verwirkung des Anspruchs der Gläubigerin anzuerkennen, wenn bei Eintritt der Bösgläubigkeit des Schuldners dieser sich bereits einen schützenswerten Besitzstand erworben hatte und auch der Zeitraum, der zu einer Verschweigung der Verwaltungsbehörde führt, bereits in diesem Zeitpunkte verstrichen ist. Nur wenn in dieser Weise die Umstände zugunsten des Schuldners gelagert sind[196]), ist die Vermutung, die zunächst für das öffentliche Interesse spricht, widerlegt. Die Zeit, die dann möglicherweise noch untätig seitens der Gläubigerin verstrichen lassen wird, ist bedeutungslos.

Dieses Ergebnis stimmt im übrigen damit überein, daß der Gutgläubigkeit des Schuldners gerade bei der Verwirkung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches wegen des besonderen Treueverhältnisses zwischen Staat und Staatsbürger besondere Bedeutung beigemessen werden mußte. Nur das, was sich vom Tun des Schuldners innerhalb des genannten Treueverhältnisses abspielt, kann für ihn und damit für den Untergang des staatlichen Anspruches auf die öffentliche Sache durch Verwirkung sprechen. Das Tun eines bös-

---

[195]) Im Zusammenhang hiermit sei auch folgender Tatbestand erörtert: Ein öffentlicher Weg ist bereits lange Jahre von einem Gutgläubigen als Acker benutzt und dann an einen ebenfalls Gutgläubigen veräußert worden. Muß nun gegenüber dem Erwerber die volle Verschweigungsfrist verstreichen oder kann er sich die Zeit, die seinem Vorbesitzer gegenüber bereits verstrichen ist, zu seinen Gunsten anrechnen? Diese Frage dürfte zu bejahen sein und zwar, ohne daß es einer Anlehnung an die Regelung der accessio temporis gemäß § 943 BGB. bedarf. (S. dazu Martin Wolff, SR., § 71, I, 3.) Vielmehr ist folgendes zu bedenken: Das Hauptgewicht liegt bei der hier zu prüfenden etwaigen Verwirkung mit auf dem Schweigen der Verwaltungsbehörde während der 30-Jahresfrist. Diese Frist ist nun abgelaufen, zwar geteilt gegenüber zwei verschiedenen Besitzern, aber als solche doch ununterbrochen. Allein darauf aber kann es ankommen. In diesem Sinne findet daher auch im öffentlichen Rechte eine accessio temporis statt.

[196]) Dieser Ansicht ist für das Gebiet des Privatrechts auch Siebert, JW. 1933, 54/5.

gläubigen Schuldners, ganz gleich nun, ob er bereits anfänglich beim Besitzerwerb bösgläubig ist oder erst später von der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen erfährt, steht aber stets außerhalb dieses Treueverhältnisses, jedenfalls soweit das Tun das Schicksal der öffentlichen Sache angeht.

Daß in jedem Verwirkungsfalle die eben besprochenen für oder gegen den Schuldner sprechenden Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen sind, ist stets anerkannt gewesen und wird auch heute noch von der Rechtsprechung in jeder Entscheidung betont[197]). Ob ein Gleiches für denjenigen gilt, der erst nach geraumer Zeit sein Recht geltend macht, ist anfangs[198]) nicht erörtert worden. Der Rechtsprechung kam es zunächst nur darauf an, den meist wegen der erst nach langer Zeit erfolgenden Anspruchserhebung als besonders bedauernswert hingestellten Schuldner gegen unbillige Härten dieser verspäteten Geltendmachung des Rechtes des Gläubigers zu schützen. Es war dabei natürlich, daß man stets die Verhältnisse des Schuldners einer genauen Prüfung unterzog, um aus ihnen heraus die Unzumutbarkeit einer verspäteten Anspruchserhebung nachzuweisen. Die Verhältnisse des Gläubigers dagegen ließ man unberücksichtigt. Man versuchte nicht etwa aus den bei ihm vorliegenden Umständen eine Rechtfertigung der späten Geltendmachung des Rechtes im einzelnen Falle zu finden. Vielmehr stellte man generelle Regeln auf, auf Grund deren man z. B. nach Art des geltend gemachten Anspruchs über Berechtigung oder Nichtzulässigkeit der erst nach geraumer Zeit erfolgenden Anspruchserhebung entschied[199]).

Diese Art der Verwirkungsrechtsprechung gehört jedoch nur den Anfängen dieser Rechtsprechung überhaupt an. Sobald man die Verwirkung als „Rechtsinstitut" in das übrige Rechtssystem einzubauen sich bemühte, erkannte man, daß eine derartige einseitige Betrachtungsweise dem der Verwirkung zugrunde liegenden Grundsatze von Treu und Glauben nicht gerecht wurde[200]). Man ging daher zunächst dazu über, bestimmte beim Gläubiger vorliegende Umstände[201]) als ihn entlastend und daher die Verwirkung ausschließend zu berücksichtigen. Von hier aus entwickelte sich dann die Verwirkungsrechtsprechung ohne Schwierigkeiten zum heutigen Stande. Mehr und

---

[197]) Diese einseitige Betonung der Schuldnerinteressen mußte zu der Bemerkung von Best, JW. 1933, 1804, führen: „Nur das Unrecht des Schuldners, nicht das Recht des Gläubigers wird durch die Verwirkung gesichert"; man suchte stets nach einem Schuldigen: Seligsohn 106; sehr bedenklich noch RGZ. 134, 41; auch RWG. in JW. 1933, 1084.

[198]) das hier eingangs Gesagte gilt nur für die privatrechtliche Rechtsprechung.

[199]) Über die hierbei gegebenen Unterscheidungsmöglichkeiten siehe Enneccerus-Nipperdey, § 209, IV; Hamburger, LZ. 1928, 1589; Heinemann LZ. 1928, 940; Beisler, JW. 1928, 1337; Makulik 13; Mügel, JW. 1930, 1048.

[200]) S. hierzu Best, JW. 1932, 1804; Schumann 96; streng einseitig auf die Schuldnerinteressen achtend noch RG. in JW. 1932, 943.

[201]) wie z. B. die Unmöglichkeit, von der Anspruchsentstehung Kenntnis zu erlangen.

mehr kommt man heute in der Wissenschaft, weniger noch in der Rechtsprechung, dazu, anzuerkennen, daß eine Entscheidung darüber, ob ein Anspruch verwirkt ist oder nicht, nur auf Grund einer eingehenden Würdigung aller Umstände[202]), sowohl der beim Schuldner als auch der beim Gläubiger zu beachtenden, gefällt werden kann. Eine derartige Anwendung des Verwirkungsgedankens entspricht allein dem seine Grundlage bildenden Grundsatze von Treu und Glauben. Sie allein steht auch in Übereinstimmung mit dem bereits näher geschilderten Gedanken des Treueverhältnisses zwischen Gläubigerin und Schuldner. Hinzukommt, daß einer derartigen Anwendung des Verwirkungsgedankens nicht entgegengehalten werden kann, sie sei geeignet, statt Beruhigung des bestehenden Rechtszustandes[203]) eine erhebliche Rechtsunsicherheit zu schaffen. Dieser — immer von neuem erhobene — Einwand gegen die Anwendbarkeit des Verwirkungs-Rechtsinstituts[204]) konnte nur einer Rechtsprechung gegenüber geltend gemacht werden, die einseitig die Interessenlage des Schuldners berücksichtigte, sodaß es für den Gläubiger ein reiner Zufall war, wenn er die Berücksichtigung eines für ihn sprechenden Umstandes erwirken konnte. Ein derartiger Einwand kann der neuen, die Umstände beider Parteien berücksichtigenden Verwirkungslehre nicht entgegengehalten werden. Wird die Entscheidung über die Verwirkung eines Anspruches auf den gesamten zur Entscheidung wichtigen Umständen eines Einzelfalles aufgebaut, so kann von einem die Rechtssicherheit außer Acht lassenden Urteile nicht mehr die Rede sein. Eine solche Entscheidung steht jeder anderen auf dem Grundsatze von Treu und Glauben (etwa der Anwendung der exceptio doli) beruhenden hinsichtlich ihrer die Rechtssicherheit gerade erhaltenden Bedeutung nicht nach[205]).

Wegen der vorliegenden öffentlich-rechtlichen Beziehungen braucht hier nicht darauf eingegangen zu werden, ob es einen Unterschied macht, wenn die Verwaltungsbehörde die Ingebrauchnahme der öffentlichen Sache durch den Schuldner in seinem privaten Interesse erfahren hat oder nicht. Eine derartige Unterscheidung kann wohl bei einem als Gläubiger auftretenden einzelnen privaten Rechtssubjekte gemacht werden. Eine öffentliche Verwaltungs-

---

[202]) s. hierzu Siebert, JW. 1932, 943; Enneccerus-Nipperdey, § 209, IV; Seligsohn 106; Siebert, Verwirkung, 52/3 und 248; auch Siebert, JW. 1933, 53 und 1268; Danzer-Vanotti 75; Abraham JW 1930, 1355; Makulik 13; Mügel, JW. 1930, 1045; RGZ. 127, 323.

[203]) Über die in der Verwirkung enthaltene „konservative Rechtsidee" s. Heinemann, LZ. 1928, 936; auch Scholz, RuPrVBl. 55, 237.

[204]) s. dazu Siebert, JW. 1934, 1829; Siebert, Verwirkung, 20 f. und 255; RGZ. 144, 22 (= JW. 1934, 1849); Schüle, VerwArch. 39, 37; Raspe 340; Hamburger, LZ. 1928, 1594; darüber, daß Rechtssicherheit nicht Voraussehbarkeit des Ergebnisses eines Prozesses, sondern Nicht-Eingreifen in befestigte und als rechtmäßig angesehene Verhältnisse bedeutet, s. Seligsohn 106; Roth, JW. 1928, 1336; Hamburger, JW. 1931, 736/7; ders., Treu und Glauben 98.

[205]) s. Siebert, JW. 1932, 943.

behörde wird im allgemeinen schon dank ihres notwendigerweise vorhandenen Überwachungsapparates Kenntnis davon erlangen, daß ein Dritter eine ihrem Verwaltungsbereich unterstehende öffentliche Sache in einer ihrer Zweckbestimmung widersprechenden Weise eigennützig gebraucht hat. Selbst wenn das aber nicht der Fall sein sollte, so kann auch dieser Umstand nicht für die Gläubigerin[206]) sprechen. Als eine Verwaltungsbehörde, die die staatlichen oder kirchlichen Interessen pflichtgemäß wahrzunehmen hat, hat sie die ständige Pflicht, über den Bestand und demgemäß auch über das rechtliche und tatsächliche Schicksal der ihrer Herrschaft unterstellten Sachen zu wachen[207]). Wird diese Pflicht ordnungsmäßig erfüllt, so muß mit Notwendigkeit jeder Fall einer nicht zweckentsprechenden Benutzung einer öffentlichen Sache der zuständigen Verwaltungsbehörde bekannt werden. Erlangt die Verwaltungsbehörde keine Kenntnis davon, so läßt das nach dem bisher Gesagten den Schluß zu, daß die Verwaltungsbehörde für die betreffende öffentliche Sache nicht die Sorgfalt aufgewendet hat, zu der sie verpflichtet war[208]). Das bedeutet dann aber weiter, daß die Unkenntnis selbst dann, wenn sie von der Verwaltungsbehörde sollte nachgewiesen werden können, die Gläubigerin keineswegs entlastet und die Verwirkung ihres Anspruches — bei entsprechendem Gegebensein der weiteren Umstände — keineswegs hindert.

Es folgt hieraus, daß es für das Recht der öffentlichen Sachen das Problem des bürgerlichen Rechtes nicht gibt, ob Voraussetzung für die Annahme einer Verwirkung die Kenntnis des Gläubigers von dem Bestehen seines Anspruches ist oder nicht[209]).

Weitere Umstände des einzelnen Falles, die zuweilen für die Interessen des Gläubigers ins Feld geführt werden, wie etwa Unkenntnis der Rechtsprechung in einer bestimmten Frage oder materielles Unvermögen, um sich erfolgreich gegen den Gegner durchzusetzen, können im hier fraglichen Gebiete des öffentlichen Rechtes nicht beachtet werden. Ihnen steht die besondere Eigenschaft der Gläubigerin als einer (staatlichen oder kirchlichen) Verwaltungsbehörde entgegen. Das Verhalten einer derartigen Behörde als eines Teiles der staatlichen (oder kirchlichen) Organisation kann nicht mit den gleichen Maßstäben gemessen werden, die man an das Handeln einer Einzelpersönlichkeit oder etwa einer im Konkurrenzkampf

---

[206]) die Verwaltungsbehörde.

[207]) man denke an die Bestandsverzeichnisse in den Räumen von Behörden, die diesem Überwachungszwecke dienen.

[208]) s. dazu das oben S. 66, Anm. 61 Gesagte.

[209]) S. hierzu Siebert, JW. 1932, 943 und 1933, 54, auch Verwirkung 173; RG. in JW. 1932, 942/3 mit weiteren Belegen; Krause 84/5; Grünebaum 125; Reimer, JW. 1928, 2068; Rocholl 52; Danzer-Vanotti 74; Makulik 13; Küchenhoff DJZ. 1930, 1195; noch weitergehend verlangt Heinemann, LZ. 1928, 940 unter Berufung auf § 242 BGB. Verschulden des Berechtigten; diese übertrieben g l ä u b i g e r freundliche Einstellung steht jedoch allein; sie will einen Ausnahmefall zur Regel machen.

stehenden Handelsgesellschaft anlegt. Die Verwaltungsbehörde als Vertreterin der im Gemeinwesen[210]) verkörperten Machtfülle ist mit der in ihren wirtschaftlichen Interessen zu schützenden Privatperson nicht auf dieselbe Stufe zu stellen. Das vertrüge sich vor allem nicht mit der von ihr beanspruchten und ausgeübten Autorität[211]).

Ein Umstand ist allerdings zugunsten der Gläubigerin als einer staatlichen oder kirchlichen Verwaltungsbehörde besonders zu betonen. Das ist die Wahrung des öffentlichen Interesses[212]). Das

[210]) ganz gleich nun, ob Staat oder Kirche.

[211]) Schüle, VerwArch. 39, 38 will noch danach unterscheiden, in welcher Art dem Berechtigten sein Recht übertragen worden ist, ob mit der Pflicht zur Betätigung oder nur als reine Befugnis, d. h. ermessensmäßig, wie im Opportunitätsprinzip der Polizei, die Benutzung anheimgestellt. Im vorliegenden Zusammenhange kommt es auf eine derartige Unterscheidung nicht an. Die Verwaltungsbehörde hat die ständige, nicht von ihrem Ermessen abhängige Pflicht, fortlaufend über den Bestand der ihr unterstehenden öffentlichen Sachen zu wachen, neue öffentliche Sachen zu schaffen, nicht mehr verwendungsfähige auszuscheiden. Wann das letztere geschieht, ist allerdings eine Ermessensfrage. Eine öffentliche Sache aber, an derem Fortbestehen ein öffentliches Interesse besteht — das Hauptargument gegen die Annahme einer Verwirkung —, ist nicht ausscheidungsreif, ist mithin von der öffentlichen Verwaltungsbehörde pflichtgemäß zu erhalten. Irgendeine Ermessensfreiheit, die, da nach ihr die Geltendmachung des Anspruchs im Belieben der Behörde steht, gegen die Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde spräche, kann daher die betreffende Verwaltungsbehörde im vorliegenden Falle nicht für sich anführen. S. hierzu mit ähnlichen Gedanken PrOVG. 88, 122. Auch was Hamburger, JW. 1931, 736, für das Privatrecht fordert, daß der Gläubiger erst einen Überblick über die Möglichkeiten der Geltendmachung seines Rechtes erlangt haben muß, kann die öffentliche Verwaltungsbehörde als solche nicht für sich in Anspruch nehmen.

RWG. in DJZ. 1932, 740 will allerdings zunächst — wenn auch zögernd — Behördenwechsel und häufige Umorganisation zugunsten des Fiskus sprechen lassen; in der gleichen Entscheidung wird aber betont, daß sich der Fiskus fachlich geschulter Beamter bedienen könne und ihm deshalb keine Vorzugsstellung bei der Beurteilung der Verwirkung seiner Ansprüche einzuräumen sei; auch die etwaige Schwerfälligkeit der Willensäußerungen spreche nicht zu seinen Gunsten; im Gegenteil sei vom Staatsfiskus eine erhöhte Sorgfaltspflicht zu fordern.

[212]) S. dazu Senf, JW. 1934, 2451: „Der Blick auf das Gemeinwohl muß oberster Maßstab für alles Handeln sein"; so auch Siebert, JW. 1934, 1830 f.; Siebert, Deutsches Recht 1934, 304 mit dem zutreffenden Hinweise, daß jede Rechtsmacht ihre Schranke am gemeinsamen Zweck, am Dienste an der Gemeinschaft findet; ein beachtliches Gemeinschaftsinteresse, nicht nur eine bloße Sinnesänderung der Verwaltungsbehörde fordert Schüle, VerwArch. 39, 24, Anm. 198; siehe auch Mohn 307; Gowa 59 ff.; Siebert, Verwirkung 244 ff., zu 250 wäre zu sagen, daß die Wahrung des öffentlichen Interesses der oberste, dem öffentlichen Rechte immanente Rechtsgrundsatz ist; s. auch Rocholl 9; Makulik 13 ff., der 15/6 mit seinem Ausdruck „zwingendes Recht" offenbar nur die aus der Natur des öffentlichen Rechtes für eine Verwirkung sich ergebenden Schranken meint; Benkendorff, JW. 1933, 2871; Tezner, Privatrechtstitel, 372, 383; für das französische Recht Jèze, Band II, 4: „L'intérêt public doit l'emporter sur l'intérêt privé . . . C'est le principe dominant"; über den Begriff des öffentlichen Interesses, der hier nicht bestimmt zu werden braucht, da er bei der erforderlichen Interessenausgleichung in jedem Falle besonders zu bemessen sein wird, s. Krüger 11 ff.

öffentliche Interesse zu wahren, ist die dringlichste Aufgabe jeder Behörde. Diese Aufgabe verdient Beachtung bei der Abwägung aller für oder gegen eine Verwirkung sprechenden Umstände und zwar, ohne daß es einer besonderen Berufung der Verwaltungsbehörde hierauf bedarf.

Bei jeder Entscheidung darüber, ob der Anspruch der zuständigen Verwaltungsbehörde auf die bisher öffentliche Sache verwirkt ist oder nicht, wird daher zunächst zu prüfen sein, ob das öffentliche Interesse an dem Fortbestehen der Öffentlichkeitsqualität der Sache erheblich ist oder nicht. Bei dieser Prüfung wird es in den meisten Fällen auf den materiellen Wert der Sache ankommen[213]). Jedoch ist diese Regel nicht allgemeingültig. Es kann der Fall eintreten, daß die Verwaltungsbehörde gerade deshalb auf die von ihr jahrelang nicht beachtete öffentliche Sache zurückkommt, weil diese wieder eine größere Bedeutung im öffentlichen Interesse gewinnt[214]). In diesen Fällen wird es häufig weniger der materielle Wert sein, der die Allgemeinheitsinteressen an einer derartigen Sache erheblich erscheinen läßt, als der ideelle Wert. Dieser besteht dann vor allem darin, daß die öffentliche Sache als solche bereits vorhanden ist, mithin auch dem sie begehrenden öffentlichen Interesse sofort dienen kann und nicht erst in einer stets Verzögerung hervorrufenden Weise neu geschaffen werden muß[215]). Auch diese Bedeutung des ideellen Wertes einer öffentlichen Sache wird demnach stets zu berücksichtigen sein. Dies umsomehr, weil sie besonders wichtig sein kann in einem Falle, in dem der materielle Wert der Sache — zumindest gegenüber dem anderer öffentlicher Sachen — nicht erheblich erscheint. Nur wenn auf diese Weise auch dem ideellen Werte einer öffentlichen Sache sein ihm gebührender Platz eingeräumt wird, kann eine fehlerfreie Entscheidung getroffen werden, da unter Umständen gerade hieran der Grad des öffentlichen Interesses an der Sache zu messen ist.

Bei der mehrfach betonten überragenden Bedeutung des öffentlichen Interesses an der öffentlichen Sache[216]) bedarf es nun nicht in jedem Falle, in dem über die Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde zu entscheiden ist, einer Abwägung dieses öffentlichen Interesses mit den übrigen zu beachtenden Umständen gerade dieses Einzelfalles. Denn in jedem Falle, in dem das genannte

---

[213]) so sind die Grenzen der Veräußerungsbefugnis im katholischen Kirchenrecht gezogen; s. hierzu Bekker, Pandekten, I, 334 und das oben S. 75, Anm. 112 Gesagte.

[214]) Ein Beispiel aus der gegenwärtigen Praxis der Militärverwaltungsbehörden: aus den Beständen des Weltkrieges noch vorhandene Spaten werden dringend für die Tätigkeit im Freiwilligen Arbeitsdienst gebraucht.

[215]) S. etwa das Beispiel bei Mohn, 306.

[216]) dessen Umfang in der eben beschriebenen Art und Weise zu bestimmen ist.

öffentliche Interesse einen Grad erreicht[217]), bei dem es von jedem Mitgliede der Volksgemeinschaft verlangt werden kann, daß es seine Interessen denen der Gemeinschaft unterordnet, überwiegt das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Sache als einer öffentlichen so sehr, daß es den Vorzug verdient. In einem solchen Falle ist die Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde abzulehnen[218]). Hier stützt sich die allerdings erst nach langer Zeit erfolgende Geltendmachung des Anspruchs neben den formalen Rechtstiteln insbesondere auf das mehrfach genannte Treueverhältnis zwischen Staat und Staatsbürger.

Anders dagegen, wenn — um das extreme Gegenteil zu betrachten — keinerlei öffentliches Interesse für die Verwaltungsbehörde spricht[219]). Ein solcher Fall ist durchaus denkbar. Die Verwaltungsbehörde schweigt lange Zeit hindurch, da sie möglicherweise[220]) um das Bestehen dieser öffentlichen Sache nicht weiß. Durch einen Zufall erfährt sie, jedoch erst nach Jahren, davon. Um sich ihres immer noch bestehenden formellen Rechtes auf die Sache nicht zu begeben, greift sie nunmehr sofort ein und verlangt von dem Sachbesitzer, er möge die Sache als eine öffentliche zur Verfügung stellen. Ein die Wiedereingliederung der Sache als öffentliche besonders heischendes akutes öffentliches Interesse besteht nicht. In einem solchen Falle hat die Verwaltungsbehörde ihren Anspruch verwirkt[221]). Die für den Schuldner[222]) sprechenden Umstände überwiegen in einem derartigen Falle die Interessen der Verwaltungsbehörde erheblich, da diese irgendetwas Bedeutsames, was für sie spricht, nicht vorbringen kann. Bei dieser Sachlage verlangt es Treu und Glauben, daß die Verwaltungsbehörde dem Schuldner auch fernerhin den ungestörten Sachbesitz überläßt. Hierzu sei bemerkt, daß sich diese aus dem Grundsatze von Treu und Glauben abgeleitete Entscheidung eng berührt mit dem bereits oben behandelten Vorschlage von Schultzenstein[223]), den Anfang und das Ende einer öffentlichen Sache nach dem Umfange ihres Dienstes für die Allgemeinheit zu bestimmen. Nach dem Umfange dieses Dienens zum Nutzen der Gemeinschaft bemißt sich auch das öffentliche Interesse an der Sache. Ist das eine gering oder nicht vorhanden, so mangelt es auch an dem anderen. Dann aber hat die Verwaltungsbehörde keinen Anspruch

---

[217]) dazu, daß aber das spezielle öffentliche Interesse immerhin beachtenswert sein muß und nicht einfach ein entgegenstehender Anspruch abgewiesen werden darf, unter Berufung auf den allgemeinen „Primat des öffentlichen Interesses", zeigt auch Planiol Band I, S. 970, Anm. 1.

[218]) S. darüber, daß dieser Gedanke auch für das öffentliche Zwangsvollstreckungsrecht maßgebend ist, Fleiner, Institutionen, 359.

[219]) man denke etwa an einen Fall, wie ihn Gowa 64 an Hand einer Entscheidung des badischen VGH. bespricht.

[220]) z. B. infolge einer Erweiterung ihrer Zuständigkeit.

[221]) insbesondere vorausgesetzt natürlich, daß auch die erforderliche Frist verstrichen ist.

[222]) den Sachbesitzer.

[223]) s. oben S. 68 ff.

darauf, die bisher öffentliche Sache von dem Besitzer als Schuldner noch fernerhin zur Verfügung gestellt zu bekommen, wenn nur für ihn und seinen Besitz triftige Gründe sprechen.

Es fragt sich, inwieweit eine derartige[224]) Entscheidung über die Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde oder deren Nichteintritt einer gewissen Rechtskraft fähig ist. Dabei unterliegt es keinem Zweifel, daß dann, wenn die Entscheidung zugunsten der Verwaltungsbehörde auf Nichteintritt der Verwirkung lautet. der Schuldner später nicht eine gegenteilige Entscheidung verlangen kann. Er darf nicht unter dem — etwa aus begründetem Anlaß erfolgendem — Hinweis darauf, daß kein öffentliches Interesse mehr an der Weitererhaltung der Sache als einer öffentlichen bestehe, nunmehr wieder den unbelasteten Besitz an der Sache beanspruchen. Ein derartiges Ansinnen erscheint schon mit Rücksicht darauf aussichtslos, daß die Sache, die lange Zeit hindurch dem öffentlichen Interesse nichts bot, dann von ihm dringend benötigt wurde, um schließlich wieder für das öffentliche Interesse an Bedeutung erheblich zu verlieren, eines Tages ebenso wie beim ersten Male wieder für das öffentliche Interesse bedeutungsvoll werden kann. Dann soll die Verwaltungsbehörde nicht erst wieder von neuem um ihre Rechte zu kämpfen haben, sondern sofort ihre öffentliche Sache zur Verfügung haben. Im übrigen ist zu bedenken, zu welchen abwegigen Folgen es führen müßte, würde man einen derartigen Anspruch wie den des Schuldners im vorliegenden Falle zulassen. Dann könnte auch jeder andere Eigentümer einer öffentlichen Sache, der sie der Allgemeinheit gewidmet hat, bei Eintreten geringerer Benutzung durch die Gemeinschaft das Ansinnen stellen, er wolle nunmehr seine Sache wieder zur freien Verfügung haben. Ein solches Begehren erscheint derart unbegründet, daß es eines längeren Eingehens hierauf nicht bedarf. Widmung bleibt Widmung[225]). Andernfalls müßte die Verwaltung sich stets von neuem um die Beschaffung öffentlicher Sachen bemühen. Warum aber im vorliegenden besonderen Falle, in dem die bereits ehemals öffentliche Sache längere Zeit ihren Diensten entzogen war, ihm dann aber im alten Sinne und zum alten Zwecke wieder zugeführt wurde, etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Ist die Sache erst wieder zur öffentlichen geworden, so bleibt sie es nunmehr auch. Daß damit eine spätere Verwirkung des Anspruches der Verwaltungsbehörde an der gleichen Sache nicht ausgeschlossen ist, ist selbstverständlich. Unzulässig ist es aber, daß der Schuldner und ehemalige Sachbesitzer die Sache wieder als völlig frei benutzbare unter Berufung auf seine frühere Verwirkungsbesitzzeit an sich ziehen will. Die Entscheidung über

[224]) verwaltungsgerichtliche oder auch etwa nur im Dienstaufsichtswege durch die vorgesetzte Behörde getroffene Entscheidung; der ordentliche Rechtsweg ist hier wegen der rein öffentlich-rechtlichen Fragen nicht gegeben.

[225]) Über die Unwiderruflichkeit der Widmung s. oben S. 41 ff.

den Nichteintritt der Verwirkung hat insoweit materielle Rechtskraft zwischen den Parteien gewirkt.

Wie aber, wenn infolge eines überwiegenden Interesses des Schuldners und des Nichtvorliegens eines beachtenswerten öffentlichen Interesses der Anspruch der Verwaltungsbehörde als verwirkt angesehen worden ist? Es kann sich dann ohne weiteres ereignen, daß zwar im Augenblick der Prüfung der gesamten Sachlage ein beachtenswertes öffentliches Interesse auf seiten der Gläubigerin nicht vorhanden war, daß aber später aus irgendeinem Anlasse sich ein erhebliches öffentliches Interesse gerade an dieser, dem Schuldner bereits zur freien Verfügung gestellten ehemals öffentlichen Sache einstellt. Soll nunmehr diese frühere Entscheidung bestehen bleiben oder soll auch in einem solchen Falle das öffentliche Interesse die Oberhand behalten? Mangels jeder ausdrücklichen Regelung einer derartigen Frage kann auch hier die Entscheidung nur dem Grundsatze von Treu und Glauben, im öffentlichen Recht verkörpert in dem besonderen Treueverhältnis zwischen Staat und Bürger, entnommen werden. Dazu ist folgendes zu bedenken:

Wenn bei der früheren Entscheidung das Interesse des Schuldners an der öffentlichen Sache höher gewertet wurde als das der Verwaltungsbehörde, so beruhte diese Bejahung des Eintritts der Verwirkung bereits auf einer genauen Abwägung aller Umstände gegeneinander, und zwar auch bereits unter Beobachtung der Grundsätze des eben genannten Treueverhältnisses. Ist man bei dieser strengen Prüfung zu dem Ergebnis gekommen, das Interesse des Schuldners sei zu bevorzugen, so mußte auch alles für ihn, nichts aber gegen ihn sprechen. Durch die für ihn sprechende, die Verwirkung bejahende Entscheidung ist dies dem Schuldner bestätigt worden. Dann würde sich die Verwaltungsbehörde aber selbst außerhalb des genannten Treueverhältnisses stellen, wollte sie nunmehr diese dem Schuldner günstige Entscheidung wegen des jetzt bestehenden öffentlichen Interesses an der betreffenden Sache umstoßen. Was der lange Zeitablauf dem Schuldner erworben hatte, war ihm durch die Entscheidung der zuständigen Stelle endgültig zugesprochen worden. Diese Entscheidung ist somit unanfechtbar. Sie umstoßen zu wollen, würde einen Treuebruch der Verwaltungsbehörde bedeuten. Der Schuldner, für den der lange Zeitablauf und die Entscheidung der zuständigen Behörde sprechen, muß sich hierauf verlassen können. Das allein entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben. Dabei kommt es in einem solchen Falle auf den Umfang des die öffentliche Sache beanspruchenden öffentlichen Interesses im gegenwärtigen Augenblick nicht mehr an. Es vermag, so groß es auch sein mag, gegenüber dem auch für die Verwaltungsbehörde geltenden Gebote der Wahrung der Treue nichts auszurichten. Es bleibt daher dann für die Verwaltungsbehörde nichts anderes übrig, als durch Neuwidmung einer anderen Sache zu einer öffentlichen das bestehende öffentliche Interesse zu befriedigen. Ein Rückgriff auf die frühere

Sache ist aber — jedenfalls ohne Zustimmung ihres derzeitigen Eigentümers und Besitzers — ausgeschlossen.

Zwischen den beiden bisher behandelten Tatbeständen[226]) sind nun eine Unzahl von Fällen denkbar, in denen die bisher genannten Regeln keine unmittelbare Lösungsmöglichkeit bieten. Jedoch kann man ihnen ohne weiteres die bereits mehrfach betonte Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des Primates des öffentlichen Interesses entnehmen. Es ist daher auch für die genannten Tatbestände immer daran festzuhalten, daß, solange ein erhebliches öffentliches Interesse an der Forterhaltung der betreffenden Sache als einer öffentlichen festgestellt werden kann, dieses öffentliche Interesse das Übergewicht gegenüber den für den Schuldner sprechenden Umständen besitzt. Dementsprechend ist dann eine Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde abzulehnen. Wegen des vorhandenen öffentlichen Interesses bleibt die Sache eine öffentliche trotz des langen Schweigens der Verwaltungsbehörde und trotz des etwa vom Schuldner bereits erworbenen wertvollen Besitzstandes. Wenn dagegen das genannte öffentliche Interesse ein beträchtliches Maß nicht mehr erreicht, kann wegen des auch das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben der Anspruch der Verwaltungsbehörde auf die Sache als verwirkt angesehen und dementsprechend dem Schuldner der nunmehr völlig unbelastete Besitz der Sache zugesprochen werden. Allerdings ist dabei zu beachten, daß dies nur dann geschehen darf, wenn auch in einem solchen Falle erhebliche zugunsten des Schuldners wirkende Umstände vorhanden sind. Die Bestimmung, wo hier die Grenze zu ziehen ist, ist Sache des einzelnen Falles.

Nur ist wegen der immer zu beachtenden Wahrung des öffentlichen Interesses daran zu denken, daß, wenn überhaupt der Umfang oder die Bedeutung des öffentlichen Interesses gegenüber den für den Schuldner sprechenden Umständen zweifelhaft sein kann, in dubio pro societate, d. h. stets zugunsten der Verwaltungsbehörde und damit des öffentlichen Interesses entschieden werden muß[227]). Das ergibt sich — abgesehen von dem stets betonten Primate des öffentlichen Interesses — auch aus folgender Überlegung: Würde in einem zweifelhaften Falle die Entscheidung trotz der vorhandenen Möglichkeit einer gegensätzlichen Ansicht zugunsten des Schuldners gefällt werden, so wäre damit vielleicht das Interesse des Schuldners als Einzelnen gewahrt. Es bestände aber die Möglichkeit, daß die Interessen der Gemeinschaft und damit vieler Gemeinschaftsmitglieder gleichzeitig auf das Schwerste geschädigt worden sind. Die Unbilligkeit einer derartigen Entscheidung bedarf keines Beweises. Es ist nicht angängig, für die Sonderinteressen eines Einzelnen mög-

---

[226]) dem des unbedingten Überwiegens des öffentlichen Interesses und dem, daß kein öffentliches Interesse gegeben ist.

[227]) für das Privatrechtsgbiet siehe dazu, daß in dubio zugunsten des Gläubigers zu entscheiden ist, Reimer in JW. 1928, 2068.

licherweise beachtliche Belange der Gemeinschaft und damit ihrer zahlreichen Mitglieder aufzuopfern. Einer derartigen Entscheidung entgeht man aber nur dadurch, daß man in dubio stets zugunsten der Verwaltungsbehörde entscheidet. Nur dies kann in einem zweifelhaften Falle als die Treu und Glauben im öffentlichen Rechte entsprechende Entscheidung angesehen werden.

In diesem Zusammenhange ergibt sich auch zwanglos die richtige Entscheidung für folgenden, der bisherigen Untersuchung entnommenen Tatbestand: Es kann der Fall eintreten, daß die Verwaltungsbehörde kein öffentliches Interesse an der öffentlichen Sache für sich in Anspruch nehmen kann, demgemäß mithin die Verwirkung ihres Anspruchs auf die öffentliche Sache zu bejahen wäre, wenn auf seiten des Schuldners beachtenswerte, für ihn sprechende Umstände vorlägen. An derartigen Umständen zugunsten des Schuldners kann es aber in dem gleichen Falle mangeln, in dem auch der Verwaltungsbehörde ein öffentliches Interesse nicht zur Seite steht. Bei dieser Sachlage kann nach dem bisher Erörterten die Entscheidung nur anfänglich zweifelhaft sein, wenn man auf den Grundsatz des ständigen Abwägens zwischen den einzelnen für jede Partei sprechenden Umständen beharrt. Achtet man dagegen auf die stets notwendige Wahrung des „Primates" des öffentlichen Interesses, so kann auch im vorliegenden Falle die Entscheidung leicht getroffen werden. Selbst wenn die betreffende Sache gegenwärtig nicht vordringlich für den Dienst der Gemeinschaft benötigt wird, besteht doch immerhin ein gewisses öffentliches Interesse daran, die Sache für einen späteren Fall als öffentliche zu erhalten, in dem sie möglicherweise für Allgemeinheitsinteressen verwendet werden wird. Dieses wenn auch nur äußerst geringe öffentliche Interesse verdient den Vorzug gegenüber den in dem betreffenden Falle nicht beachtenswerten für den Schuldner sprechenden Umständen. Auch hier wirkt sich letzten Endes die oben aufgestellte Regel aus, daß in dubio zugunsten der Verwaltungsbehörde gegen die Bejahung der Verwirkung ihres Anspruches zu entscheiden ist. Das öffentliche Interesse, selbst wenn es gelegentlich aus der Sachlage heraus (neben dem Vorliegen einer doch zumindest ehemals öffentlichen Sache!) sich nur als ein möglicherweise künftig eintretendes auswirkt, verdient gegenüber sonstigen, ihrer Unbedeutendheit wegen nicht zu beachtenden Umständen des Sachbesitzers den Vorzug.

Nach dem Erörterten ist im Einzelfalle unter Beachtung der hier aufgestellten Regeln darüber zu entscheiden, ob die Verwaltungsbehörde ihren Anspruch auf die künftige Erhaltung der Sache als einer öffentlichen verwirkt hat oder nicht. Es zeigt sich, daß wegen der Notwendigkeit der Wahrung des öffentlichen Interesses die Verwirkung des genannten Anspruches der Verwaltungsbehörde nur bei genauester Prüfung aller Umstände und nur in Ausnahmefällen[228]) zu

[228]) s. hierzu insbesondere Schüle, VerwArch. 39, 37; Siebert, Verwirkung, 248/9.

bejahen sein wird. Die Möglichkeit einer Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde als einer Auswirkung des auch im Gebiete des öffentlichen Rechtes geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben ist aber anzuerkennen. Sie wird auch gelegentlich eintreten. Es wird aber der Anspruch der Verwaltungsbehörde auf die öffentliche Sache nicht in jedem Falle infolge des Verstreichens eines langen Schweige-Zeitraumes untergangen sein.

§ 10.

Aus dem hier zuletzt Erörterten ergibt sich auch ohne weiteres die Lösung für die bereits in der Einleitung sowie zu Beginn des Teils III der Untersuchung genannten Tatbestände außer der Übertragung oder der Ersitzung des Eigentums an der öffentlichen Sache.

Keines längeren Eingehens bedarf es dabei auf die Fundfälle[229]). Denn diese enthalten für die vorliegende Untersuchung ein reines Zeitproblem, da ihre bürgerlich-rechtliche Regelung eine von dem Ersitzungsrechte in keinerlei hier erwähnenswerter Weise abweichende ist. Dieses Zeitproblem ist aber bereits oben[230]) eindeutig dahin gelöst, daß das eine Jahr des Funderwerbers, in dem ihm das private Eigentum zufällt, für eine Verwirkung des Anspruchs der Verwaltungsbehörde auf ihre öffentliche Sache keineswegs ausreicht. Besteht aber das durch kein Eingreifen der Behörde gestörte Eigentum noch längere Zeit nach dem Eigentumserwerbe fort, so enthält auch dieser Fundtatbestand nichts weiter als ein der hier nunmehr zu prüfenden Fälle.

Es sind dies einmal die Tatbestände, in denen ohne einen Eigentums- oder sogar ohne Besitzübergang der jetzt von der Behörde wegen der von ihm besessenen Sache als einer öffentlichen in Anspruch Genommene (kurz Schuldner genannt) die Sache lange Zeit hindurch als eine völlig unbelastete genutzt hat[231]). Ferner gehören hierher die Tatbestände, in denen zwar das Eigentum oder nur der Besitz[232]) an der öffentlichen Sache an einen — in jeder Hinsicht — Gutgläubigen übertragen worden ist, durch diese Übertragung aber — wie im Teil II gezeigt — die Öffentlichkeitsqualität der Sache nicht in ihrem Bestande berührt worden ist. Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn dann — nach der Übertragung — die Sache Jahre hindurch ungestört wie eine völlig unbelastete genützt wird?

---

[229]) Ein aus einer öffentlichen Bibliothek stammendes, auch bereits eingestelltes, aber äußerlich noch nicht gekennzeichnetes — das wegen der Gutgläubigkeit! — Buch geht verloren und wird dann gefunden.

[230]) S. oben S. 81 bei Anm. 140.

[231]) Jemand war Eigentümer eines Weges, den er — den Tatsachen zuwider — nicht anders als einen Privatweg kannte. Da die Benutzung immer mehr nachließ, hob er den Weg eines Tages auf und benutzte das Grundstück als Acker. Nunmehr beansprucht die Behörde nach langen Jahren das Grundstück wieder als öffentlichen Weg.

[232]) Fälle des § 935 BGB.!

Die Lösung aller dieser Fragen könnte zweifelhaft sein angesichts der Tatsache, daß nach der bereits besprochenen[233]) ausdrücklichen Regelung des Allgemeinen Landrechtes jedenfalls in Preußen eine selbständige usucapio libertatis hinsichtlich der Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen ausgeschlossen ist.

Im Hinblick auf die im Ersitzungsfalle zuletzt besprochene Möglichkeit der Verwirkung seitens der Verwaltungsbehörde bestehen derartige Zweifel jedoch nicht. Denn unter den zahlreichen dort zu beachtenden Umständen war es auf die Tatsache, daß es sich gleichzeitig um einen Eigentumserwerb durch Ersitzung handelte, n i c h t angekommen. Bedeutsam war vielmehr nur die Abwägung zwischen den Interessen des Schuldners und denen der Behörde im gegenwärtigen Augenblick. Eines Mehr bedarf es daher auch bei den hier untersuchten Tatbeständen nicht. Unter Beachtung der dort aufgestellten allgemeinen Regeln ist mithin zu prüfen, ob der Schuldner gutgläubig[234]) während der Verschweigungszeit[235]) sich einen „wertvollen Besitzstand" geschaffen hat. Dem ist gegenüberzustellen eine Prüfung, welche speziellen öffentlichen Interessen die Behörde für sich anführen kann und ob diese im Vergleich mit den Belangen des Schuldners den Vorrang verdienen oder nicht. Ist diese Frage zu verneinen, so ist damit zugleich der der Verwaltungsbehörde ehemals auf die bisher öffentliche Sache zustehende Anspruch als verwirkt anerkannt. Ist sie indessen zu bejahen, so ist auch die erst jetzt durch die Behörde erfolgende Anspruchserhebung nicht verspätet und die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen besteht fort.

Bei dieser Prüfung können alle besonderen Umstände des einzelnen Falles ihre Berücksichtigung finden. Es wird z. B. einen Unterschied machen, ob der Schuldner nur deshalb gutgläubig hinsichtlich der Öffentlichkeitsqualität der Sache gewesen ist, weil er vielleicht Erkundigungen — möglicherweise absichtlich — unterließ, oder ob er einen öffentlichen Weg erworben hat, den bereits der Veräußernde lange Zeit als Acker benutzte. Oder er kauft einen Militärrock, über dessen Außerdienststellung eine — allerdings gefälschte — Urkunde vorgelegt wird. Jedoch darf niemals übersehen werden, daß es stets auf die Würdigung a l l e r Umstände ankommt und daß stets auch die Verschweigungszeit[236]) verstrichen sein muß. Es ist aber nach dem Gesagten dann im einzelnen Falle durchaus möglich, daß wegen des langen Schweigens der Verwaltungsbehörde und dem Bestehen eines wertvollen Besitzstandes des Schuldners[237]) von einem Fortbestande der Eigenschaft als einer öffentlichen nicht mehr die Rede sein kann.

---

[233]) S. oben S. 62 zu Anm. 39 und S. 78 zu Anm. 129 und 130.

[234]) hinsichtlich der Öffentlichkeitsqualität der Sache.

[235]) 10 Jahre bei beweglichen Sachen, 30 Jahre bei Grundstücken.

[236]) an deren starren Festlegung auf 10 oder 30 Jahre aus Gründen der Rechtssicherheit unbedingt festzuhalten ist.

[237]) ganz gleich nun, in welchem Zusammenhang dieser Besitzstand erworben worden ist.

Diese Fälle sind jedoch Ausnahmen. In der Regel wird das öffentliche Interesse an der Sache gegenüber dem wenn auch langjährigen Besitzstande des Schuldners als das Wichtigere erscheinen und demgemäß die Öffentlichkeitsqualität der Sache nach wie vor weiterbestehen[238]). Die Entscheidung darüber aber, wann das eine oder das andere zutrifft, ist stets im Einzelfalle unter Berücksichtigung aller beteiligten Belange nach den oben aufgestellten Regeln zu treffen. Eine alle Tatbestände erfassende allgemeine Lösung gibt es bei der Vielfältigkeit der rechtlichen Schicksale der öffentlichen Sache nicht.

[238]) S. die jedenfalls teilweise Ähnlichkeit mit dem oben S. 52 am Schlusse des Teiles II gewonnenen Ergebnis.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

(Die Abkürzungen sind die des Abkürzungsverzeichnisses der Rechtssprache von Magnus-Maaß [Berlin 1929]).

A. Hand- und Lehrbücher, Kommentare, Monographien, Abhandlungen und Aufsätze.

Abraham: Steht der Rüge der Verletzung von Gründungs- und Nachgründungsvorschriften der Einwand der Verwirkung entgegen?, in JW. 1930, 1354 f.

Alff: Zur Lehre vom heutigen, im landrechtlichen Gebiete Preußens geltenden Privatrechte der res sacrae unter besonderer Berücksichtigung der Grabstätten und Kirchenstühle. Dissertation. Münster 1909.

van Almsick: Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs. Münster i. W. 1928. Heft 7 der Sammlung Universitas, Archiv für wissenschaftliche Untersuchungen und Abhandlungen.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. 4. Bearbeitung. 14. Auflage. Berlin 1933.

—, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handlungen der Staatsgewalt, in VerwArch. 5, 1 ff.

—, Die im Jahre 1896 veröffentlichte Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts, in VerwArch. 5, 390 ff.

—, Die im Jahre 1897 veröffentlichte Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts, in VerwArch. 6, 593 ff.

—, Privatrecht und Polizei. Besprechung von Biermann, Privatrecht und Polizei in Preußen, in RuPrVBl. 18, 153 ff.

Apelt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Leipzig 1920.

—, Gibt es ein Recht des Einzelnen auf Benutzung der öffentlichen Wege?, in FischersZ. 30, 97 ff.

—, Die Rechtsschutzgemeinschaft der deutschen juristischen Fakultät, in DJZ. 1932, 974 ff.

Bank: Zur Lehre von der Verwirkung, in JW. 1934, 2437 f.

Beisler: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs, in JW. 1928, 1337 ff.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. 1. Band, Weimar 1886.

Benkendorff: Treu und Glauben im Zivilprozeßrecht, in JW. 1933, S. 2870 ff.

Bering: Die Rechte an öffentlichen Wegen. Berlin 1894.

Berthélemy: Traité élémentaire de droit administratif. Treizième édition. Paris 1933.

Best: Verwirkung?, in JW. 1932, 1801 ff.

Biermann: Privatrecht und Polizei in Preußen. Berlin 1897.

—, Die öffentlichen Sachen. Programmrede. Gießen 1905.

Bornhak: Das Verwaltungsrecht in Preußen unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in VerwArch. 8, 1 ff.

—, Enteignungsrecht und Eigentumsbeschränkung, in DJZ. 1933, 338 ff.

Bovensiepen: Nimmt die im Grundbuche enthaltene Bezeichnung einer Grundfläche als öffentlicher Weg teil an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach § 891 BGB.?, in DJZ. 1913, 1199 ff.

—, Beantwortung einer Anfrage betreffend Rückforderung von Kommunalabgaben, in RuPrVBl. 31, 873 f.

v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen. Neu herausgegeben von Drews und Lassar. 22. Auflage. 11. Bearbeitung. Berlin 1932.

Brunner: Friedhofsrecht, in RuPrVBl. 46, 49 ff.

Bühler: Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Auflage, in Verw.-Arch. 27, 283 ff.

Danzer-Vanotti: Die Verwirkung, in DRichtZ. 1932, 74 ff.

Dornseiff: Die rechtliche Gestaltung des Friedhofs- und Bestattungswesens in den politischen Gemeinden Preußens, in FischersZ. 65, 145 ff.

Ecker: Rheinisches Wegerecht, in RuPrVBl. 23, 433 ff.
Eichmann: Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex iuris canonici. 2 Bände. 3. Auflage. 1930.
Endemann: Artikel „Verwirkung und Verschweigung", in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 6, S. 634 ff.
—, Die Verschweigung des Aufwertungsanspruches, in DJZ. 1928, 692 ff.
Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Nebst Motiven. Berlin/Leipzig 1888.
Erdmann: Die Verwirkung. Dissertation. Jena 1933.
Ernst: Die Entstehung des deutschen Grundeigentums. Stuttgart 1926.
Everest and Strode's Law of Estoppel. Third Edition. London 1923.
Feeder: Die Beweislast im Verwaltungsrechte, in FischersZ. 66, 297 ff.
Fleiner: Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Akademische Antrittsrede. Tübingen 1906.
—, Einzelrecht und öffentliches Interesse. In „Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband." Band II. Tübingen 1908.
—, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Auflage. 1928.
Fleischmann: Grenzen der Rechtswirksamkeit einer Tarifabrede in Straßenbenutzungsverträgen, in GruchBeitr. 61, 689 ff.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar. 18. Auflage. Tübingen 1931.
K. Friedrichs: Der Allgemeine Teil des Rechts. Eine Darstellung der gemeinsamen Lehren des öffentlichen und des privaten Rechts. Berlin/Leipzig 1927.
—, Der allgemeine Teil des Rechts. Ein Beitrag zur Lehre von den gemeinsamen Bestimmungen des privaten und des öffentlichen Rechts und den Grenzen zwischen beiden, in AnnDR. 1917, 385 ff.
—, Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht, in ArchÖffR. 40, 257 ff.
—, Eigentum an öffentlichen Wegen, in GruchBeitr. 62, 450 ff.
—, Verkehrsunfähige Sachen im heutigen Rechte, in GruchBeitr. 64, 676 ff.
—, Über öffentliche dingliche Rechte, in RuPrVBl. 39, 297 ff.
—, Die Widmung zum öffentlichen Wege, in RuPrVBl. 42, 3 ff.
Gallenkamp: Das neue Liegenschaftsrecht in seinen Beziehungen zum öffentlichen Recht in Sachsen, in FischersZ. 21, 1 ff.
Gasparri: Codex iuris canonici. 1918.
v. Gehe: Zur Frage der Anwendung der sog. Privatrechtstitel im öffentlichen Rechte, in FischersZ. 34, 134 ff.
Gerber: Die Grundsätze eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, in VerwArch. 36, 1 ff
Germershausen: Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen. 2 Bände. 3. Auflage. Berlin 1907.
Germershausen-Seydel: Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen. 2 Bände. 4. Auflage. Berlin 1932.
Otto Gierke: Deutsches Privatrecht.
1. Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig 1895.
2. Band: Sachenrecht. Leipzig 1905.
Gowa: Die Rechtsnorm von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Dissertation. Hamburg 1933.
Graf-Dietherr: Deutsche Rechtssprichwörter. 2. Ausgabe. Nördlingen 1869.
Groß-Schmeller: Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts. 8. Auflage. Wien 1922.
Grünebaum: Die Verwirkung, in MuW. 1932, 124 f.
Haferland: Grenzen der Eigentümerbefugnisse an Friedhöfen, in DJZ. 1931, 1379 ff.
Hamburger: Treu und Glauben im Verkehr. Ein Handbuch. Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.
—, Zum Begriff der Verwirkung, in LZ. 1928, 1588 ff.
—, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in LZ. 1931, 1438 ff.

—, Anmerkung zu einer Entscheidung des Reichsgerichts, in JW. 1931, 735 ff.
—, Anmerkung zu einer Entscheidung des Reichsgerichts, in JW. 1932, 2706.
—, Die Lehre von Treu und Glauben im Verkehr, in DJZ. 1931, 929 ff.
Haring: Grundzüge des katholischen Kirchenrechts. 3., nach dem Codex j. c. umgearbeitete Auflage. II. Teil: Kirchliches Verwaltungsrecht. Graz 1924.
Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 5. und 6. Auflage. Herausgegeben von Kurtzig. 1927.
—, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche. (Eine Studie im Grenzgebiete des Privat- und öffentlichen Rechts.) In VerwArch. 7, 424 ff.
Ph. Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.
Heckel: Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, in VerwArch. 37, 280 ff.
Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.
Heinemann: Die Verwirkung im öffentlichen Recht, insbesondere im Steuerrecht, in RuPrVBl. 51, 670 ff.
—, Die Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund, in LZ. 1928, 935 ff.
Heinsheimer: Die Zivilgesetze der Gegenwart.
Band I: Frankreich. Code civil. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.
Herrmann: Die Grundlegung des öffentlichen Rechts. Berlin 1931.
E. Heymann: Überblick über das englische Privatrecht. In Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in Systematischer Bearbeitung. 7. Auflage. München-Leipzig-Berlin 1914. Band II, S. 281 ff.
v. Hippel: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes. Berlin 1931.
Hofacker: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform. Berlin 1919.
—, Die Technik der Staatsverwaltung, in VerwArch. 28, 245 ff.
—, Das „Eigentum" an Wasserläufen, in VerwArch. 30, 161 ff.
Holstein: Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. Berlin 1921. Heft 3 der von Triepel-Kaufmann-Smend herausgegebenen „Öffentlich-rechtlichen Abhandlungen".
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Auflage. Leipzig 1930.
Hue de Grais-Peters-Hoche: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Reiche. 25. Auflage. Berlin 1930.
Georg Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Auflage. 1905.
—, Besprechung von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, in Verw.-Arch. 5, 304 ff.
Walter Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
—, Verwaltungsrecht. 3. Auflage. Berlin 1931. Band 25 der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch-Peters-Spiethoff.
—, Grabreden auf kirchlichen Friedhöfen. In Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes. München-Berlin-Leipzig 1929. S. 124 ff.
—, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, in RuPrVBl. 52, 805 ff.
Jèze: Les principes généraux du droit administratif. Troisième édition. Paris. Tome 1er 1925; tome 2 1930; tome 3 1926.
Immerwahr: Die Verschweigung im deutschen Recht. Heft 48 der Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Dr. Otto Gierke. Breslau 1895.
E. Josef: Gemeingebrauch an Gemeindefriedhöfen, in ArchkathKR. 110, 153 ff.
—, Zwangsvollstreckung auf den Friedhöfen, insbesondere Pfändung von Grabdenkmalen, in ArchkathKR. 110, 447 ff.

Josserand: Cours de droit civil positif français conforme aux Programmes officiels des facultés des droit. Paris. Tomes 1er, 2 et 3 1930.
Ipsen: Widerruf gültiger Verwaltungsakte. Heft 26 der Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht der Hamburgischen Universität.
v. Kamptz und Delius: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und Kammergerichts auf dem Gebiete des öffentliches Rechts. 2 Bände. 1906/07. Ergänzungsband 1911.
v. Kamptz (-Genzmer): Die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichtes. 4 Bände und 5 Ergänzungsbände. 1897—1898; bis 1912.
Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht. 4. Auflage. Berlin 1932. Band 31 der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch-Peters-Spiethoff.
Kaufmann: Otto Mayer, in VerwArch. 30, 377 ff.
Keiner: Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das in Preußen geltende Verwaltungsrecht, in RuPrVBl. 20, 517 ff. und 525 ff.
Kempke: Das öffentliche Bucheigentum der Bibliotheken. Dissertation. Münster 1932.
Theodor Kipp: Das römische Recht. In Stammlers Sammlung „Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung". Berlin 1931. S. 89 ff.
Klausener-Kerstiens-Kempner: Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931. Berlin 1932.
Klein: Welche Bedeutung kommt den nach katholischem Kirchenrecht bestehenden Beschränkungen der Veräußerung von res ecclesiasticae nach deutschem bürgerlichem Recht zu?, in ArchkathKR. 85, 242 ff.
Kluckhohn: Treu und Glauben im Steuerrecht, in JW. 1934, 2378 ff.
Kober: Sachenrecht. Band III, Teil 1 des Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze von J. v. Staudinger. 9. Auflage. München-Berlin-Leipzig 1926.
Kober-Nipperdey: Recht der Schuldverhältnisse. Band II, Teil 2 des Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze von J. v. Staudinger. 9. Auflage. München-Berlin-Leipzig 1928.
Koellreutter: Das Wesen des „Politischen" in der öffentlichen Verwaltung, in RuPrVBl. 54, 481 ff.
Koeniger: Katholisches Kirchenrecht mit Berücksichtigung des Deutschen Staatskirchenrechts. Freiburg im Breisgau 1926.
Kormann: Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim katholischen Kirchengut und das bürgerliche Recht. Stuttgart 1907. Heft 42 der von U. Stutz herausgegebenen „Kirchenrechtlichen Abhandlungen".
—, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910. (Unveränderter Neudruck 1925.)
—, Die öffentlich-rechtliche Verjährung und Verschweigung in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichtes, in RuPrVBl. 33, 694 ff.
—, Grundzüge des sächsischen Wegerechts, in FischersZ. 43, 1 ff.
—, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, in AnnDR. 1911, 904 ff. und AnnDR. 1912, 114 ff.
Krause: Schweigen im Rechtsverkehr. Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung. Marburg 1933. Nr. 67 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. E. Heymann, Berlin.
Krüger: Die Lehre vom „öffentlichen Interesse" in der Verwaltungsrechtswissenschaft. Dissertation. Breslau 1932.
Küchenhoff: Rechtsverwirkung im öffentlichen Recht, in RuPrVBl. 51, 275 ff.
—, Rechtsverwirkung außerhalb des Aufwertungsrechts, in DJZ. 1930, 1194 ff.
Küppers: Aus der Praxis der Ausschüsse zur Feststellung von Entschädigungen für Aufruhrschäden, in RuPrVBl. 45, 38 f.

Laband: Die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, in Arch.-CivPrax. 52, 155 ff.
—, Die Aufhebung des § 2 des Jesuitengesetzes, in DJZ. 1904, 321 ff.
Landé-Hermes: Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten. Herausgegeben von Kaesehagen. 5. Auflage. Berlin 1931.
Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht. Ein Vortrag. Heft 102 der Sammlung „Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart". Tübingen 1933.
Lasally: Die Anwendbarkeit von Normen des bürgerlichen Rechtes im öffentlichen Rechte, in FischersZ. 59, 153 ff.
Lassar: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts. Berlin 1919.
Lehmann: 11. Bearbeitung des 2. Bandes (Recht der Schuldverhältnisse) von Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1930.
—, Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom gegensätzlichen Verhalten, in ZgesHandR. 79, 57 ff.
Leuthold: Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte, in AnnDR. 1884, 321 ff.
Loomann: Die Rechtsverhältnisse öffentlicher Straßen in Preußen. Hannover 1917.
Makulik: Verwirkung im Arbeitsrecht. Dissertation. Köln 1933.
Maunz: Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts. Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts. München-Berlin-Leipzig 1933.
Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. 2 Bände. 3. Auflage. 1924.
—, Eisenbahn und Wegerecht, in ArchÖffR. 16, 38 ff.
—, Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, in Arch.-ÖffR. 21, 499 ff.
—, Neues vom öffentlichen Eigentum, in ArchÖffR. 39, 77 ff.
Meier-Branecke: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht, in ArchÖffR. Neue Folge 11, 230 ff.
Meisner: Besprechung von Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, in JW. 1931, 2620.
W. Merk: Die Treue im älteren deutschen Recht, in DeutschR. 1934, 526 ff.
Meurer: Der Begriff und Eigentümer der heiligen Sachen, zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen und dem Eigentümer des Kirchenguts. 2 Bände. Düsseldorf (ohne Jahresangabe; wohl 1885).
—, Artikel „Heilige Sachen" in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, S. 380 ff.
Minnich: Das rechtliche Verbot der Veräußerung von Kirchengut. Dissertation. Breslau 1913.
Mohn: Rechtsfälle des öffentlichen Rechts mit Lösungen. Zugleich eine theoretisch-praktische Darstellung der wichtigsten Zweige des preußischen Verwaltungsrechts. Berlin 1933.
E. Moll: Zur Lehre von den öffentlichen Sachen, in GruchBeitr. 54, 313 ff.
Mügel: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen, in JW. 1930, 1042 ff.
Nipperdey: 13. Bearbeitung des 1. Bandes (Einleitung. Allgemeiner Teil) von Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Marburg 1931.
Nolting-Hauff: Verwirkungs-Dämmerung, in GRUR. 1932, 1088 ff.
Nottebohn: Privatrechte an öffentlichen Wegen und Nutzung über den Gemeingebrauch hinaus nach preußischem Recht, in RuPrVBl. 37, 697 ff.
Oßwald: Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem deutschen Privat- und Verwaltungsrecht. Dissertation. Heidelberg 1909.
Perathoner: Das kirchliche Gesetzbuch (Codex iuris canonici). 5. Auflage. Bressanone 1931.

Perthes: Der Staatsdienst in Preußen, ein Beitrag zum deutschen Staatsrecht. Hamburg 1838.
Peters: Die Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlich-rechtlichen Eigentums in besonderer Beziehung auf Stücke aus Archiven des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften in Preußen, in VerwArch. 24, 167 ff.
Planiol: Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit. Neuvième édition. Paris 1922. Onzième édition. Paris 1932.
Planitz: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Auflage. Berlin 1931. Band 5 der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch-Peters-Spiethoff.
Poetzsch-Heffter: „Treu und Glauben" und „gute Sitten" im öffentlichen Recht, in DJZ. 1933, 739 ff.
Praun: Treu und Glauben in der Verwaltungsrechtsprechung. Dissertation. Erlangen 1932.
Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1908.
Rabel: Unmöglichkeit der Leistung; eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Weimar 1907. Sonderdruck aus der E. I. Bekker zum 16. August 1907 gewidmeten Festschrift: „Aus Römischem und Bürgerlichem Recht".
Radbruch: Einführung in die Rechtswissenschaft. 7. und 8. Auflage. Leipzig 1929.
Raspe: Der Verwirkungsgedanke im öffentlichen Recht, in StuSev. 1931, 339 f.
Rehbein-Reincke: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Berlin 1880.
Rehm: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, historisch-dogmatisch dargestellt, in AnnDR. 1884, 565 ff.
Rehme: Deutsche Rechtsgeschichte mit Einschluß des deutschen Privatrechts, in Stammlers Sammlung „Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung", Berlin 1931. S. 315 ff.
Reimer: Die Gefahr des „langen Zuwartens" für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, in JW. 1928, 2064 ff.
Rey: Die Zwangsvollstreckung in res sacrae und res ecclesiasticae in den verschiedenen Rechtsgebieten Preußens, in ArchkathKR. 110, 111 ff.
Richter: Oblast, Oblastenbuch und Grundbuch im neuen sächsischen Baugesetz, in StuSev. 1932, 417 ff.
Riewald: Der rechtliche Inhalt der öffentlichen Grundstückslast, in JW. 1932, 499 ff.
Riezler: Venire contra factum proprium. Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht. Leipzig 1912.
—, Allgemeiner Teil. Band I des Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze von J. v. Staudinger. 9. Auflage. München-Berlin-Leipzig 1925.
Rocholl: Die Verwirkung. Dissertation. Marburg 1933.
Rolland: Précis de droit administratif. Paris 1926.
A. Roth: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruches, in JW. 1928, 1335 ff.
Ruck: Kirchenrecht. 2. Auflage. Berlin 1931. Band 29 der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch-Peters-Spiethoff.
Rundstein: Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten in der Theorie des französischen Privatrechts, in ArchBürgR. 43, 319 ff.
Sägemüller: Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts. 4. Auflage. 1925 ff. (Vollständig: 3. Auflage. 2 Bände. 1914.)
Salfeld: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs, in JW. 1928, 1339.
Satz: Das öffentliche Eigentum in Hamburg. Dissertation. Heidelberg 1934. (siehe auch in FischersZ. 70, 161 ff.)

Sawitz: Der Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. Berlin 1908.
Schack: Die Verjährung des Schadensersatzanspruches des Staates gegen seine Beamten, in ZBeamtR. 6, 26 ff.
Herbert Schelcher: Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht, in FischersZ. 31, 1 ff.
—, Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum, in FischersZ. 48, 435 ff.
Scheuner: Besprechung von Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, in JW. 1933, 1173.
v. Scheurl: Einführung in das verwaltungsrechtliche Denken unter besonderer Berücksichtigung der bayerischen Praxis. Erlangen 1927.
—, Die Grundlagen des deutschen Militärversorgungsrechts, in ArchÖffR. 37, 257 ff.
Schmidt (-Grimma): Die Grundbegriffe des Wegerechts, in FischersZ. 47, 1 ff.
Schmitt: Die grundsätzliche Stellung der dem öffentlichen Gottesdienst gewidmeten Gebäude . . . im BGB., in BadRpr. 1906, 202 ff.
Franz Scholz: Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts (Reich und Preußen). Köln 1933.
—, Zur Auslegung im öffentlichen Recht, in RuPrVBl. 55, 233 ff.
Schorn: Zur Operationspflicht des Beamten, in RuPrVBl. 52, 610 ff.
Schüle: Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht, in VerwArch. 38, 399 ff. und 39, 1 ff.
A. Schulte: Privateigentum und öffentliche Zweckbestimmung bei Trennung vereinigter Kirchen- und Schulämter in Preußen, in JW. 1930, 1163 ff.
Alfred Schultze: Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht. Eine akademische Antrittsrede, in Jherings Jahrbüchern 49, 159 ff.
M. Schultzenstein: Hypothek und Wegerecht, in DJZ. 1911, 1523 ff.
—, Verjährung sowie Fristen und Verwaltungsstreitverfahren, in VerwArch. 17, 1 ff.
—, Zur Einziehung öffentlicher Wege, in VerwArch. 23, 165 ff.
—, Die Neugestaltung der Einziehung öffentlicher Wege, in VerwArch. 27, 334 ff.
—, Zur Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr, in Verw.-Arch. 27, 394 ff.
—, Die Widmung zum öffentlichen Wege, in Verwaltungsarchiv 28, 169 ff.
Schumann: Der Zusammenbruch der Verwirkungslehre, in GRUR. 1933, 81 ff.
A. Frhr. v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Auflage. Berlin-Leipzig 1928. Band 13 der von Stier-Somlo herausgegebenen Grundrisse der Rechtswissenschaft.
—, Freiheit und Gebundenheit im germanischen Staat. Tübingen 1933. Heft 99 der Sammlung „Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart".
—, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. München-Leipzig 1934.
A. Seligsohn: Einfluß der Zeit auf den gewerblichen Rechtsschutz, in GRUR. 1930, 93 ff.
Senf: Besprechung von Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, in JW. 1934, 2451.
Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB.) unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG.). Marburg 1934. Nr. 72 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. E. Heymann, Berlin.
—, Anmerkung zu einer Entscheidung des Reichsgerichts, in JW. 1932, 942 ff.
—, Zum Begriff der Verwirkung, in JW. 1932, 2384 f.
—, Anmerkung zu einer Entscheidung des Reichsgerichts, in JW. 1933, 53 ff.
—, Anmerkung zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe, in JW. 1933, 1267 f.
—, Anmerkung zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln, in JW. 1933, 1268.

—, Die neueste Stellungnahme des Reichsgerichts zur Verwirkung, in JW. 1934, 1829 ff.
—, Zur Lehre von der Verwirkung, in JW. 1934, 2438 f.
—, Gemeinschaft und bürgerliches Recht, in DeutschR. 1934, 303 ff.
Smend: Verfassung und Verfassungsrecht. München-Leipzig 1928.
—, Noch einmal das Problem der Reichskirche, in ArchÖffR. Neue Folge 24, 94 ff.
Steinbach: Gemeingebrauch an privatem Grundbesitz, in BayRpflZ. 8, 162 ff.
Stengel-Fleischmann: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 2. Auflage. Tübingen 1912.
Stier-Somlo: Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht. Berlin 1900.
Stier-Somlo und Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Berlin-Leipzig 1929.
Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen. Leipzig 1860.
Stoll: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Die Bände 138 und 139 der amtlichen Sammlung), in DJZ. 1933, 1471 ff.
Stölzel: Die neueste Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, in RuPrVBl. 19, 193 ff.
Strauß: Das Fundrecht des BGB. München 1908.
Tezner: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Band VI der Neuen Folge der Wiener staatswissenschaftlichen Studien. Leipzig-Wien 1924.
—, Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, in ArchÖffR. 9, 325 ff. und 489 ff.
—, Besprechung von Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, in GrünhutsZ. 21, 105 ff.
Theobald: Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen. Dissertation. Heidelberg 1912.
Thoma: Die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konzessionsdauer, in ArchÖffR. 38, 307 ff.
Thümmel: Evangelisches Kirchenrecht für Preußen. 2 Bände. Berlin 1930/1933.
Tretzel: Kirchliche Sachen, in SeuffBl. 72, 704 ff. und 767 ff.
Ulbrich: Über öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Prag 1875.
Unger: Über die Haftung des Staates für Verzugs- und Vergütungszinsen. Ein Beitrag zum öffentlich-rechtlichen Vermögensrecht, in GrünhutsZ. 31, 107 ff.
Voß: Die öffentlichen Wege und ihre Rechtsstellung, in RuPrVBl. 55, 750 ff.
Walsmann: Anmerkung zu einer Entscheidung des Reichsgerichts, in JW. 1927, 2570 f.
Wassermann: Ein Beitrag zur Verwirkungslehre, in MuW. 1934, 397 ff.
Wex: Über die Rechtsverhältnisse an den dem Gemeingebrauch unterliegenden Sachen im Gebiete des Allgeminen Landrechts, in RuPrVBl. 27, 281 ff.
Wilhelm: Wegeeigentümer und Gemeingebrauch, in RuPrVBl. 53, 608 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage. 1906.
v. Wittken: Rechtsverhältnisse der Kirchhöfe, einschließlich der erblichen Familienbegräbnisse, in GruchBeitr. 26, 662 ff.
Martin Wolff: Das Sachenrecht. 9. Bearbeitung des III. Bandes des Lehrbuches des Bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus-Kipp-Wolff. Marburg 1932.
—, Reichsverfassung und Eigentum. Tübingen 1923.
Walther Wolff: Einführung in die Verfassung der Evangelischen Kirche der Altpreußischen Union.
Wolff-Williger: Anmerkung zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichtes Karlsruhe, in JW. 1933, 1267.
Zinser: Der Allgemeine Teil des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des badischen, bayerischen, sächsischen und württembergischen Verwaltungsgerichtshofes, bzw. Oberverwaltungsgerichts, in VerwArch. 39, 40 ff.

RGZ. 7, 136 ff. 100, 213 ff. 123, 187 ff.
8, 152 ff. 107, 365 ff. 125, 108 ff.
12, 280 ff. 112, 221 ff. 125, 315 ff.
27, 255 ff. 113, 19 ff. 126, 53 ff.
31, 217 ff. 113, 78 ff. 127, 321 ff.
80, 365 ff. 117, 211 ff. 130, 97 ff.
88, 14 ff. 117, 358 ff. 144, 22 ff.
94, 33 ff. 123, 181 ff.

RG. in JW. 1927, 2186 f.
RG. in JW. 1931, 735 ff.
RG. in JW. 1931, 2239, Nr. 11 (= RGZ. 132, 398 ff.)
RG. in JW. 1932, 491 f.
RG. in JW. 1932, 942 ff.
RG. in GruchBeitr. 55, 1153 ff.
RG. in GruchBeitr. 57, 186 ff.
RG. in SeuffArch. 42, 4 f.
RG. in RuPrVBl. 10, 532.
RG. in RuPrVBl. 18, 402 ff.
RG. in RuPrVBl. 19, 282 ff.
RG. in „Recht" 1910, 820 (= Nr. 3181) (= JW. 1910, 813).
RG. in ZBeamtR. 5, 127 f.
RG. in ZBeamtR. 5, 128.
RWG. in DJZ. 1931, 1390.
RWG. in DJZ. 1932, 740.
RWG. in JW. 1933, 1048.
BayrObLG. in JW. 1934, 1673 ff.
KG. in KG.-Jahrbuch 40, 109 ff.
KG. bei Mugdan-Falkmann, OLG.-Rspr. 34, 167 ff.
OLG. Hamburg in SeuffArch. 42, 2 ff.
OLG. Karlsruhe in JW. 1933, 1267.
OLG. Köln in JW. 1930, 1230.
OLG. Rostock bei Mugdan-Falkmann, OLG.-Rspr. 34, 175 ff.

PrOVG. 2, 355 ff. 69, 329 ff. 83, 144 ff.
9, 208 ff. 76, 364 ff. 83, 293 ff.
12, 282 ff. 76, 372 ff. 84, 291 ff.
15, 322 ff. 78, 290 ff. 84, 301 ff.
18, 239 ff. 80, 253 ff. 88, 117 ff.
27, 195 ff. 82, 305 ff. 88, 252 ff.
63, 305 ff.
PrOVG. in RuPrBl. 8, 210 ff. 8, 219 f. 14, 382
16, 42 ff. 17, 76 ff. 18, 524 ff. 27, 163 f.
PrOVG. in DJZ. 1911, 1222. 1913, 358.
1931, 774 f. (= PrOVG. in RuPrVBl. 52, 314 f.).
PrOVG. in JW. 1934, 3167.
ThürOVG. in RuPrVBl. 54, 396 f.

Lebenslauf.

Am 8. September 1911 wurde ich, Max Kurt Merten, als Sohn des jetzigen Reichsbankamtmanns Max Merten und seiner Ehefrau Rosa, geb. Ries, geboren. Ich bin deutscher Reichsangehöriger und im evangelischen Glauben getauft und erzogen. Ich besuchte ab Ostern 1918 die Vorschule des Lichterfelder Realgymnasiums und trat Ostern 1921 in die Sexta dieser Schule über. Ostern 1930 verließ ich das Lichterfelder Realgymnasium nach mit Auszeichnung bestandener Reifeprüfung.

Mit dem Sommer-Semester 1930 begann ich meine rechtswissenschaftlichen Studien an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, denen ich sechs Semester lang ununterbrochen an der genannten Universität oblag. Am 29. Juni 1933 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Kammergericht in Berlin die erste juristische Staatsprüfung. Durch Verfügung des Herrn Kammergerichtspräsidenten vom 5. August 1933 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt. Am 29. Mai 1935 habe ich vor der Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin das mündliche Examen zum Doctor iuris utriusque bestanden und bin am 5. Juni 1935 nach erfolgter Thesenverteidigung öffentlich vom Herrn Dekan der genannten Juristischen Fakultät zum Dr. iur. ernannt worden.